Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2015 Vol. 2

2e cahier, 2015 Vol. 2

Cited as [2015] 2 S.C.R. 325-620

Renvoi [2015] 2 R.C.S. 325-620

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE
MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
CHLOE MAGEE
NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2015.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

CONTENTS

Bowden Institution *v.* Khadr 325

Criminal law — Sentencing — Prisons — Habeas corpus — Canadian citizen detained by United States agreed to eight-year sentence with transfer to Canada after first year — Offender subsequently applied for habeas corpus for placement in provincial correctional facility under International Transfer of Offenders Act — Chambers judge dismissed offender's application but Court of Appeal allowed it and ordered offender's transfer from federal to provincial correctional facility for adults — Court of Appeal's order confirmed — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a)(ii).

R. *v.* St-Cloud 328

Criminal law — Interim release — Grounds justifying detention — Justice of peace ordering detention of accused awaiting trial on ground set out in s. 515(10)(c) of Criminal Code, that is, that his detention "is necessary to maintain confidence in the administration of justice" — Reviewing judge ordering release of accused — Proper interpretation of s. 515(10)(c) of Criminal Code — Restrictive interpretation rejected — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Interim release — Review of decision of justice of peace — Decision by justice of peace to order detention of accused reversed by reviewing judge — Cases in which review provided for in ss. 520 and 521 of Criminal Code is available in interim release context — Whether reviewing judge erred in exercising his role by simply substituting his assessment of evidence for that of justice of peace — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 520, 521.

R. *v.* Kokopenace 398

Constitutional law — Charter of Rights — Right to a fair hearing — Right to trial by jury — Jury representativeness — Definition — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — What is the appropriate legal test for representativeness — Whether state met its representativeness obligation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).

Continued on next page

SOMMAIRE

Établissement de Bowden *c.* Khadr 325

Droit criminel — Détermination de la peine — Droit carcéral — Habeas corpus — Consentement d'un citoyen canadien détenu par les États-Unis à une peine de huit ans d'incarcération assortie d'un transfèrement au Canada après la première année — Demande subséquente du délinquant en habeas corpus pour être détenu dans un établissement correctionnel provincial en application de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Demande du délinquant rejetée par le juge de première instance, mais accueillie par la Cour d'appel qui a ordonné le transfert du délinquant d'un établissement fédéral à un établissement provincial pour adultes — Ordonnance de la Cour d'appel confirmée — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a)(ii).

R. *c.* St-Cloud 328

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Motifs justifiant la détention — Juge de paix ordonnant la détention de l'accusé en attente de son procès pour le motif prévu à l'art. 515(10)c) du Code criminel, soit que celle-ci « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Juge réviseur ordonnant la mise en liberté de l'accusé — Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'art. 515(10)c) du Code criminel? — Rejet de l'interprétation restrictive — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(10)c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Révision de la décision d'un juge de paix — Décision du juge de paix d'ordonner la détention de l'accusé infirmée par le juge réviseur — Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 du Code criminel en matière de mise en liberté provisoire? — Le juge réviseur a-t-il erronément exercé son rôle en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle du juge de paix? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 520, 521.

R. *c.* Kokopenace 398

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Représentativité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de son obligation de représentativité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).

Suite à la page suivante

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

R. *v.* Barabash 522

Criminal law — Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

Kahkewistahaw First Nation *v.* Taypotat 548

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

Canada (Attorney General) *v.* Barnaby 563

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable — Whether extraditing accused to possibly be subjected to a fourth trial would be contrary to principles of fundamental justice.

Caplin *v.* Canada (Justice) 570

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of

Continued on next page

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

R. *c.* Barabash 522

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

Première Nation de Kahkewistahaw *c.* Taypotat ... 548

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03c).

Canada (Procureur général) *c.* Barnaby 563

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable? — Extrader l'accusé de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevient-il aux principes de justice fondamentale?

Caplin *c.* Canada (Justice) 570

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée

Suite à la page suivante

murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable.

R. *v.* Tatton 574

Criminal law — Arson — Defences — Intoxication — Accused relying on self-induced intoxication as excuse for committing arson — Self-induced intoxication short of automatism cannot be relied upon as excuse for general intent offence — Whether arson is general or specific intent offence — If arson is general intent offence, whether trial judge's classification of arson as specific intent offence had material bearing on verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 434.

R. *v.* Smith 602

Constitutional law — Charter of Rights — Standing — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Accused not using marihuana for medical purposes but producing derivatives for sale outside regulatory scheme — Whether accused has standing to challenge constitutional validity of scheme — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Whether limitation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Appropriate remedy — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable?

R. *c.* Tatton 574

Droit criminel — Incendie criminel — Moyens de défense — Intoxication — Accusé invoquant l'intoxication volontaire pour excuser la perpétration d'un incendie criminel — L'accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale — L'infraction d'incendie criminel est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique? — Si l'infraction d'incendie criminel est une infraction d'intention générale, la décision du juge du procès de la qualifier d'infraction d'intention spécifique a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 434.

R. *c.* Smith 602

Droit constitutionnel — Charte des droits — Qualité pour agir — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — Accusé non consommateur de marihuana à des fins médicales, mais producteur de produits dérivés en vue de leur vente en dehors du régime réglementaire — L'accusé a-t-il qualité pour contester la validité constitutionnelle du régime? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — La restriction porte-t-elle atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Réparation appropriée — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

David Pelham, Warden of the Bowden Institution, Attorney General of Canada and Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Appellants*

v.

Omar Ahmed Khadr *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association and Amnesty International Canada *Interveners*

INDEXED AS: BOWDEN INSTITUTION *v.* KHADR

2015 SCC 26

File No.: 36081.

2015: May 14.[*]

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Prisons — Habeas corpus — Canadian citizen detained by United States agreed to eight-year sentence with transfer to Canada after first year — Offender subsequently applied for habeas corpus for placement in provincial correctional facility under International Transfer of Offenders Act — Chambers judge dismissed offender's application but Court of Appeal allowed it and ordered offender's transfer from federal to provincial correctional facility for adults — Court of Appeal's order confirmed — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a)(ii).

[*] A revised judgment was issued on May 28, 2015, amending para. 3. The amendments are included in this judgment.

David Pelham, directeur de l'Établissement de Bowden, procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta *Appelants*

c.

Omar Ahmed Khadr *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles et Amnistie internationale (Canada) *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : ÉTABLISSEMENT DE BOWDEN *c.* KHADR

2015 CSC 26

N[o] du greffe : 36081.

2015 : 14 mai[*].

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Droit carcéral — Habeas corpus — Consentement d'un citoyen canadien détenu par les États-Unis à une peine de huit ans d'incarcération assortie d'un transfèrement au Canada après la première année — Demande subséquente du délinquant en habeas corpus pour être détenu dans un établissement correctionnel provincial en application de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Demande du délinquant rejetée par le juge de première instance, mais accueillie par la Cour d'appel qui a ordonné le transfert du délinquant d'un établissement fédéral à un établissement provincial pour adultes — Ordonnance de la Cour d'appel confirmée — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a)(ii).

[*] Un jugement révisé a été rendu le 28 mai 2015 modifiant le par. 3. Les modifications ont été incorporées dans le présent jugement.

Statutes and Regulations Cited

International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(*a*).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser, Watson and Bielby JJ.A.), 2014 ABCA 225, 99 Alta. L.R. (5th) 325, 577 A.R. 62, 613 W.A.C. 62, 313 C.C.C. (3d) 491, [2014] 9 W.W.R. 523, [2014] A.J. No. 711 (QL), 2014 CarswellAlta 1114 (WL Can.), setting aside a decision of Rooke A.C.J., 2013 ABQB 611, 87 Alta. L.R. (5th) 268, 573 A.R. 16, 301 C.C.C. (3d) 467, [2014] 2 W.W.R. 350, [2013] A.J. No. 1109 (QL), 2013 CarswellAlta 1973 (WL Can.). Appeal dismissed.

Sharlene Telles-Langdon and *Michael Taylor*, for the appellants David Pelham, Warden of the Bowden Institution, and the Attorney General of Canada.

Doreen C. Mueller, for the appellant Her Majesty The Queen in Right of Alberta.

Nathan J. Whitling and *Dennis Edney*, *Q.C.*, for the respondent.

Jasmine T. Akbarali and *Gillian T. Hnatiw*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Fannie Lafontaine, *François Larocque* and *David Taylor*, for the intervener Amnesty International Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] The Chief Justice — The only issue on this appeal is what correctional facility Mr. Khadr should be placed in. This is a question of statutory interpretation. Simply put, if Mr. Khadr's eight-year sentence is treated as a single global sentence for all the offences to which he pleaded guilty, the sentence is under the minimum for an adult sentence, with the result that s. 20(*a*)(ii) of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 ("*ITOA*"), applies

Lois et règlements cités

Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20*a*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Fraser, Watson et Bielby), 2014 ABCA 225, 99 Alta. L.R. (5th) 325, 577 A.R. 62, 613 W.A.C. 62, 313 C.C.C. (3d) 491, [2014] 9 W.W.R. 523, [2014] A.J. No. 711 (QL), 2014 CarswellAlta 1114 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rooke, 2013 ABQB 611, 87 Alta. L.R. (5th) 268, 573 A.R. 16, 301 C.C.C. (3d) 467, [2014] 2 W.W.R. 350, [2013] A.J. No. 1109 (QL), 2013 CarswellAlta 1973 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Sharlene Telles-Langdon et *Michael Taylor*, pour les appelants David Pelham, directeur de l'Établissement de Bowden, et le procureur général du Canada.

Doreen C. Mueller, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta.

Nathan J. Whitling et *Dennis Edney*, *c.r.*, pour l'intimé.

Jasmine T. Akbarali et *Gillian T. Hnatiw*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Fannie Lafontaine, *François Larocque* et *David Taylor*, pour l'intervenante Amnistie internationale (Canada).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] La Juge en chef — La seule question en litige dans le présent appel est celle de l'établissement correctionnel où M. Khadr devrait être mis sous garde. C'est une question d'interprétation législative. En somme, si la peine de huit ans infligée à M. Khadr est traitée comme une seule peine globale pour l'ensemble des infractions pour lesquelles il a plaidé coupable, elle est en deçà du seuil minimal d'une peine pour adulte, de sorte que le sous-al.

and his sentence is to be served in a provincial facility.

[2] On the submissions before us, we are of the view that a proper interpretation of the relevant legislation does not permit Mr. Khadr's eight-year sentence to be treated as five distinct eight-year sentences to be served concurrently. For the purposes of placement, whatever interpretation is taken of the provisions, s. 20(*a*) of the *ITOA* applies in this case, with the result that placement should be in a provincial correctional facility.

[3] Accordingly, we would dismiss the appeal with costs and confirm the order of the Alberta Court of Appeal that Mr. Khadr's sentence is a youth sentence to be served in a provincial correctional facility for adults.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants David Pelham, Warden of the Bowden Institution, and the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen in Right of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keeffe Millsap, Edmonton; Dennis Edney, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerners, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International Canada: Fannie Lafontaine, Québec; Power Law, Ottawa.

20*a*)(ii) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, c. 21 (« *LTID* »), s'applique et que sa peine doit être purgée dans un établissement provincial.

[2] À la lumière des observations qui nous ont été présentées, nous sommes d'avis qu'une bonne interprétation des dispositions législatives pertinentes n'autorise pas à traiter la peine de huit ans infligée à M. Khadr comme cinq peines distinctes de huit ans à purger concurremment. Aux fins de la mise sous garde, quelque soit l'interprétation donnée aux dispositions, l'al. 20*a*) de la *LTID* s'applique en l'espèce, de sorte que c'est dans un établissement correctionnel provincial que doit se dérouler la détention.

[3] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter l'appel avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Alberta selon laquelle la peine de M. Khadr est une peine spécifique qui doit être purgée dans un établissement correctionnel provincial pour adultes.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants David Pelham, directeur de l'Établissement de Bowden, et le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keeffe Millsap, Edmonton; Dennis Edney, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Fannie Lafontaine, Québec; Juristes Power, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jeffrey St-Cloud *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: R. *v.* St-Cloud

2015 SCC 27

File No.: 35626.

2014: November 6; 2015: May 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF QUEBEC

Criminal law — Interim release — Grounds justifying detention — Justice of peace ordering detention of accused awaiting trial on ground set out in s. 515(10)(c) of Criminal Code, that is, that his detention "is necessary to maintain confidence in the administration of justice" — Reviewing judge ordering release of accused — Proper interpretation of s. 515(10)(c) of Criminal Code — Restrictive interpretation rejected — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Interim release — Review of decision of justice of peace — Decision by justice of peace to order detention of accused reversed by reviewing judge — Cases in which review provided for in ss. 520 and 521 of Criminal Code is available in interim release context — Whether reviewing judge erred in exercising his role by simply substituting his assessment of evidence for that of justice of peace — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 520, 521.

S was charged with one count of aggravated assault under s. 268 of the *Criminal Code* for having assaulted a bus driver together with two other individuals. The Crown opposed the interim release of S. The justice of the peace

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jeffrey St-Cloud *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* St-Cloud

2015 CSC 27

N° du greffe : 35626.

2014 : 6 novembre; 2015 : 15 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Motifs justifiant la détention — Juge de paix ordonnant la détention de l'accusé en attente de son procès pour le motif prévu à l'art. 515(10)c) du Code criminel, soit que celle-ci « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Juge réviseur ordonnant la mise en liberté de l'accusé — Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'art. 515(10)c) du Code criminel? — Rejet de l'interprétation restrictive — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(10)c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Révision de la décision d'un juge de paix — Décision du juge de paix d'ordonner la détention de l'accusé infirmée par le juge réviseur — Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 du Code criminel en matière de mise en liberté provisoire? — Le juge réviseur a-t-il erronément exercé son rôle en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle du juge de paix? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 520, 521.

S fait face à un chef d'accusation de voies de fait graves en vertu de l'art. 268 du *Code criminel* pour avoir, avec deux autres individus, agressé un chauffeur d'autobus. Le ministère public s'est opposé à la mise en liberté

who heard the initial application for release found that detention was necessary on the basis of s. 515(10)(*b*) and (*c*) *Cr. C.*, that is, because the interim detention of S was necessary for the protection or safety of the public, and to maintain confidence in the administration of justice. The justice who heard the second application for release on completion of the preliminary inquiry found that the detention of S was still justified under s. 515(10)(*c*). S then applied under s. 520 *Cr. C.* for a review by a Superior Court judge, who determined that the detention of S was not necessary under s. 515(10)(*c*) and ordered his release.

Held: The appeal should be allowed and the detention order restored.

The ground set out in s. 515(10)(*c*) of the *Criminal Code*, that is, that the detention of the accused "is necessary to maintain confidence in the administration of justice", is a distinct ground that itself provides a basis for ordering the pre-trial detention of an accused. It is not a residual ground for detention that applies only where the first two grounds for detention provided for in s. 515(10)(*a*) and (*b*) are not satisfied. The scope of s. 515(10)(*c*) has been unduly restricted by the courts in some cases; this provision must not be interpreted narrowly or applied sparingly. The application of this ground for detention is not limited to exceptional circumstances, to unexplainable crimes, to the most heinous of crimes or to certain classes of crimes. The fact that detention may be justified only in rare cases is but a consequence of the application of s. 515(10)(*c*), and not a precondition to its application, a criterion a court must consider in its analysis or the purpose of the provision. Section 515(10)(*c*) is worded clearly, and it does not require exceptional or rare circumstances. Nor is the question whether a crime is unexplainable or unexplained a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(*c*). This concept is ambiguous and confusing. Because many crimes may be explainable in one way or another, the unexplainable crime criterion is of little assistance. The application of a criterion based on the notion of an unexplainable crime could also lead to undesirable conclusions, since crimes that are heinous and horrific might not satisfy it. Such a criterion could give the public the impression that justices are justifying certain crimes, that is, crimes that are explainable.

provisoire de S. Le juge de paix qui a entendu la demande initiale de mise en liberté a conclu que la détention était nécessaire sur la base des al. 515(10)*b*) et *c*) *C. cr.*, soit que la détention provisoire de S était nécessaire pour la protection ou la sécurité du public et pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Le juge de paix qui a entendu la deuxième demande de mise en liberté à la fin de l'enquête préliminaire a estimé que la détention de S était toujours justifiée en vertu de l'al. 515(10)*c*). S a alors présenté une demande de révision en application de l'art. 520 *C. cr.* devant un juge de la Cour supérieure, qui a décidé que la détention de S n'était pas nécessaire au regard de l'al. 515(10)*c*) et a ordonné sa mise en liberté.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de détention est rétablie.

Le motif énoncé à l'al. 515(10)*c*) du *Code criminel*, soit que la détention de l'accusé « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice », est un motif distinct permettant à lui seul d'ordonner la détention avant procès d'un accusé. Il ne s'agit pas d'un motif résiduel de détention, applicable seulement lorsque les deux premiers motifs de détention prévus aux al. 515(10)*a*) et *b*) ne sont pas satisfaits. La portée de l'al. 515(10)*c*) a été indûment restreinte par les tribunaux dans certains cas; cette disposition ne doit pas être interprétée restrictivement ou appliquée avec parcimonie. Le recours à ce motif de détention ne se limite pas aux circonstances exceptionnelles, aux crimes inexplicables, aux crimes les plus odieux ou encore à certaines catégories de crimes. Le fait que la détention ne puisse être justifiée qu'en de rares occasions n'est qu'une conséquence de l'application de l'al. 515(10)*c*), et non une condition préalable à son application, un critère dont doit tenir compte le tribunal dans son analyse ou le but de cette disposition. Le libellé de l'al. 515(10)*c*) est clair et n'exige pas des circonstances exceptionnelles ou rares. Le caractère inexplicable ou inexpliqué du crime n'est pas non plus un critère qui devrait guider les juges dans leur analyse de l'al. 515(10)*c*). Cette notion est ambiguë et source de confusion. Puisque bon nombre de crimes peuvent être explicables d'une façon ou d'une autre, le critère du crime inexplicable est peu utile. De surcroît, l'utilisation d'un critère fondée sur la notion de crime inexplicable pourrait donner lieu à des conclusions peu souhaitables, car des crimes odieux et horribles pourraient ne pas satisfaire à ce critère. Cette notion risque de créer dans l'esprit du public l'impression que les juges justifient certains crimes, soit ceux qui sont explicables.

In determining whether the detention of an accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice, the justice must first consider the four circumstances that are expressly referred to in s. 515(10)(*c*). First of all, the justice must determine the apparent strength of the prosecution's case. The prosecutor is not required to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence, and the justice must be careful not to play the role of trial judge or jury: matters such as the credibility of witnesses and the reliability of scientific evidence must be analyzed at trial, not at the release hearing. The justice must nevertheless consider the quality of the evidence tendered by the prosecutor in order to determine the weight to be given to this circumstance in his or her balancing exercise. The justice must also consider any defence raised by the accused. If there appears to be some basis for the defence, the justice must take this into account in analyzing the apparent strength of the prosecution's case.

Next, the justice must determine the objective gravity of the offence in comparison with the other offences in the *Criminal Code*. This is assessed on the basis of the maximum sentence — and the minimum sentence, if any — provided for in the *Criminal Code* for the offence.

The justice must then consider the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used. Those that might be relevant under s. 515(10)(*c*) include the following: the fact that the offence is a violent, heinous or hateful one, that it was committed in a context involving domestic violence, a criminal gang or a terrorist organization, or that the victim was a vulnerable person. If the offence was committed by several people, the extent to which the accused participated in it may be relevant. The aggravating or mitigating factors that are considered by courts for sentencing purposes can also be taken into account.

Finally, the fourth circumstance to consider is the fact that the accused is liable for a potentially lengthy term of imprisonment. Although it is not desirable to establish a strict rule regarding the number of years that constitutes a lengthy term of imprisonment, some guidance is required. Because no crime is exempt from the possible application of s. 515(10)(*c*), the words "lengthy term of imprisonment" do not refer only to a life sentence. Moreover, to determine whether the accused is actually liable for a potentially lengthy term of imprisonment, the justice must consider all the circumstances of the case known at

Afin de déterminer si la détention de l'accusé est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, le juge doit d'abord tenir compte des quatre circonstances mentionnées expressément à l'al. 515(10)*c*). En premier lieu, le juge doit décider si l'accusation paraît fondée. Le poursuivant n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction, et le juge doit se garder de jouer le rôle du juge du procès ou du jury : la crédibilité des témoins, la fiabilité de la preuve scientifique et d'autres questions devront être analysées lors du procès et non à l'audience relative à la mise en liberté. Le juge doit tout de même tenir compte de la qualité de la preuve présentée par le poursuivant afin de déterminer le poids qu'il accordera à cette circonstance dans son exercice de pondération. Le juge doit également considérer tout moyen de défense soulevé par l'accusé. Si la défense paraît fondée, le juge doit en tenir compte dans son analyse de l'apparence de fondement de l'accusation.

Le juge doit ensuite déterminer la gravité objective de l'infraction, c'est-à-dire par rapport aux autres infractions du *Code criminel*. Cette gravité s'évalue en fonction de la sentence maximale — et, le cas échéant, de la sentence minimale — prévue par le *Code criminel* à l'égard de l'infraction.

Puis, le juge doit considérer les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, y compris l'usage d'une arme à feu. Celles qui peuvent être pertinentes pour l'application de l'al. 515(10)*c*) sont entre autres les suivantes : le caractère violent, odieux ou haineux de l'infraction, le fait que celle-ci s'inscrive dans un contexte de violence domestique, de gang criminel ou d'organisation terroriste, et le fait qu'elle ait été commise à l'égard d'une personne vulnérable. S'il s'agit d'une infraction commise par plusieurs personnes, le degré de participation de l'accusé peut s'avérer pertinent. Les facteurs aggravants ou atténuants dont le tribunal tient compte dans la détermination de la peine peuvent également être considérés.

Enfin, la quatrième circonstance à considérer est le fait que le prévenu encourt une longue peine d'emprisonnement. Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'établir une règle fixant précisément le nombre d'années qui constitue une longue peine d'emprisonnement, certaines indications sont nécessaires. Puisqu'aucun crime n'est exempté de l'application possible de l'al. 515(10)*c*), une longue peine d'emprisonnement ne s'entend pas seulement des peines d'emprisonnement à perpétuité. De plus, afin de déterminer si l'accusé encourt réellement une longue peine d'emprisonnement, le juge doit tenir compte de toutes les

the time of the hearing, as well as the principles for tailoring the applicable sentence. This fourth circumstance is assessed subjectively.

The circumstances listed in s. 515(10)(*c*) are not exhaustive. The court must consider all the circumstances of each case, paying particular attention to the four listed circumstances. No single circumstance is determinative: the justice must consider the combined effect of all the circumstances of each case to determine whether detention is justified. This involves balancing all the relevant circumstances. At the end of this balancing exercise, the ultimate question to be asked by the court is whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. Thus, the court must not order detention automatically even where the four listed circumstances support such a result. Some other circumstances that might be relevant are the personal circumstances of the accused (age, criminal record, physical or mental condition, and membership in a criminal organization), the status of the victim and the impact on society of a crime committed against that person, and the fact that the trial of the accused will be held at a much later date.

The justice's balancing of all the circumstances under s. 515(10)(*c*) must always be guided by the perspective of the "public", that is, of a reasonable person who is properly informed about the philosophy of the legislative provisions, the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the actual circumstances of the case. The person in question is a thoughtful person, not one who is prone to emotional reactions, whose knowledge of the circumstances of the case is inaccurate or who disagrees with our society's fundamental values. However, this person is not a legal expert, and, although he or she is aware of the importance of the presumption of innocence and the right to liberty in our society, expects that someone charged with a crime will be tried within a reasonable period of time, and knows that a criminal offence requires proof of culpable intent and that the purpose of certain defences is to show the absence of such intent, the person is not able to appreciate the subtleties of the various defences that are available to the accused. This reasonable person's confidence in the administration of justice may be undermined not only if a court declines to order detention where detention is justified having regard to the circumstances of the case, but also if it orders detention where detention is not justified.

circonstances connues au moment de l'audience et des principes devant moduler la peine applicable. Cette quatrième circonstance s'évalue de façon subjective.

Les circonstances énumérées à l'al. 515(10)*c*) ne sont pas exhaustives. Le tribunal doit plutôt tenir compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d'espèce, en prêtant une attention particulière aux quatre circonstances énumérées. Aucune circonstance n'est déterminante en soi : le juge doit considérer les effets combinés de toutes les circonstances de chaque affaire qui lui permettront de déterminer si la détention est justifiée. Il s'agit d'un exercice de pondération de toutes les circonstances pertinentes, au terme duquel le tribunal doit ultimement se poser la question suivante : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice? Le tribunal ne doit donc pas automatiquement ordonner la détention même si les quatre circonstances énumérées favorisent ce résultat. D'autres circonstances qui peuvent être pertinentes sont les circonstances propres à l'accusé (âge, antécédents criminels, condition physique ou mentale, appartenance à une organisation criminelle), le statut de la victime et l'impact sur la société d'un crime commis contre cette personne, ainsi que le fait que le procès de l'accusé aura lieu à une date très éloignée.

L'exercice de pondération de toutes les circonstances auquel doit se livrer le juge en application de l'al. 515(10)*c*) doit être en tout temps guidé par le point de vue du « public », c'est-à-dire celui d'une personne raisonnable, bien informée de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et des circonstances réelles de l'affaire. Cette personne est une personne réfléchie et non une personne aux réactions émotives, mal informée sur les circonstances de l'affaire ou en désaccord avec les valeurs fondamentales de notre société. Elle n'est toutefois pas un juriste et, bien qu'elle soit au fait de l'importance de la présomption d'innocence et du droit à la liberté dans notre société, qu'elle s'attende à ce que les personnes accusées d'un crime subissent leur procès dans un délai raisonnable, qu'elle sache que les infractions criminelles requièrent la preuve d'une intention coupable et que certaines défenses tendent à démontrer l'absence de cette intention, elle n'est pas en mesure d'apprécier les subtilités des différentes défenses qui s'offrent à l'accusé. La confiance de cette personne raisonnable envers l'administration de la justice peut être minée tout autant si le tribunal refuse d'ordonner une détention justifiée compte tenu des circonstances de l'espèce, que lorsqu'il l'ordonne alors qu'elle est injustifiée.

Sections 520 and 521 of the *Criminal Code* do not confer an open-ended discretion on the reviewing judge to vary the initial decision concerning the detention or release of the accused. They establish not a *de novo* proceeding, but a hybrid remedy. The judge must determine whether it is appropriate to exercise his or her power of review. Exercising this power will be appropriate in only three situations: (1) where there is admissible new evidence if that evidence shows a material and relevant change in the circumstances of the case; (2) where the impugned decision contains an error of law; or (3) where the decision is clearly inappropriate.

The four criteria from *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, are relevant to the determination of what constitutes new evidence for the purposes of the review provided for in ss. 520 and 521. Given the generally expeditious nature of the interim release process and the risks of violating the rights of the accused, and since the release hearing takes place at the very start of criminal proceedings and not at the end like the sentence appeal, a reviewing judge must be flexible in applying these four criteria. Regarding the first criterion, due diligence, the reviewing judge may consider evidence that is truly new or evidence that existed at the time of the initial release hearing but was not tendered for some reason that is legitimate and reasonable. Such new evidence is not limited to evidence that was unavailable to the accused before the initial hearing. In each case, the reviewing judge will have to determine whether the reason why the accused did not tender such pre-existing evidence earlier was legitimate and reasonable. As to the second criterion, it will suffice that the evidence be relevant for the purposes of s. 515(10). This criterion will therefore rarely be decisive in the context of an application for review under ss. 520 and 521, since the range of relevant evidence will generally be quite broad. The third criterion — that the evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief — must be interpreted in light of the relaxation of the rules of evidence at the bail stage and in particular of s. 518(1)(*e*) of the *Criminal Code*, which provides that "the justice may receive and base his decision on evidence considered credible or trustworthy by him in the circumstances of each case". Finally, the fourth *Palmer* criterion should be modified as follows: the new evidence must be such that it is reasonable to think, having regard to all the relevant circumstances, that it could have affected the balancing exercise engaged in by the justice under s. 515(10)(*c*). The new evidence must therefore be significant. If the new

Les articles 520 et 521 du *Code criminel* ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir discrétionnaire illimité pour modifier la décision initiale relative à la détention ou à la mise en liberté de l'accusé. Ces dispositions n'établissent pas une procédure *de novo*, mais plutôt un recours de nature hybride. Le juge doit se demander s'il est opportun qu'il exerce ce pouvoir de révision. L'opportunité d'exercer ce pouvoir ne se présentera que dans trois cas : (1) en présence d'une preuve nouvelle admissible si celle-ci démontre un changement important et pertinent dans les circonstances de l'affaire; (2) en présence d'une erreur de droit dans la décision contestée; ou (3) en présence d'une décision manifestement inappropriée.

Les quatre critères de l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont pertinents pour déterminer en quoi consiste une preuve nouvelle pour les besoins de la révision prévue aux art. 520 et 521. Étant donné la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté provisoire et les risques d'atteinte aux droits de l'accusé, et puisque l'audience sur mise en liberté survient au tout début des procédures criminelles et non à la fin comme l'appel de la peine, les juges réviseurs doivent faire preuve de souplesse dans l'application de ces quatre critères. En ce qui concerne le premier critère, la diligence raisonnable, le juge réviseur peut tenir compte d'éléments de preuve véritablement nouveaux ou d'éléments qui existaient au moment de l'audience initiale sur la mise en liberté de l'accusé, mais qui n'ont pas été présentés pour une raison légitime et raisonnable. Cette preuve nouvelle ne se limite pas à des éléments auxquels l'accusé n'a pas eu accès avant l'audience initiale. Il appartiendra aux juges réviseurs de déterminer, dans chaque cas, si la raison pour laquelle l'accusé n'a pas présenté plus tôt ces éléments de preuve préexistants était légitime et raisonnable. Quant au deuxième critère, il suffit que la preuve soit pertinente pour les besoins du par. 515(10). Ce critère sera donc rarement décisif lors d'une demande de révision en vertu des art. 520 et 521, puisque l'éventail de preuves pertinentes sera généralement assez large. En ce qui concerne le troisième critère — soit que la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi —, il doit être interprété à la lumière de l'assouplissement des règles de preuve à l'étape de la mise en liberté sous caution, en particulier de l'al. 518(1)*e*) du *Code criminel*, lequel prévoit que « le juge de paix peut recevoir toute preuve qu'il considère plausible ou digne de foi dans les circonstances de l'espèce et fonder sa décision sur cette preuve ». Enfin, il convient de modifier ainsi le quatrième critère de l'arrêt *Palmer* : la preuve nouvelle doit être telle qu'il est raisonnable de penser que, compte tenu de toutes

evidence meets the four criteria for admissibility, the reviewing judge is authorized to repeat the analysis under s. 515(10)(*c*) as if he or she were the initial decision-maker.

It will also be appropriate to intervene if the justice has erred in law or if the impugned decision was clearly inappropriate, that is, if the justice who rendered it gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another. The reviewing judge therefore does not have the power to interfere with the initial decision simply because he or she would have weighed the relevant factors differently.

In this case, the Superior Court judge intervened even though there was no basis for a review, given that there was no change in circumstances and no error of law, and that the initial decision was not clearly inappropriate. When all the relevant circumstances are weighed as required by s. 515(10)(*c*), the detention of S was necessary to maintain confidence in the administration of justice.

Cases Cited

Considered: *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; **referred to:** *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209; *R. v. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490; *R. v. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. v. Teemotee*, 2011 NUCJ 17; *R. v. Bhullar*, 2005 BCCA 409; *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81; *R. v. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492; *R. v. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7; *R. v. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87; *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *R. v. Coates*, 2010 QCCA 919; *R. v. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277; *R. v. Turcotte*, 2014 QCCA 2190; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. v. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. v. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; *United States of America v. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93; *United States of America v. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414; *United States of America v. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28;

les circonstances pertinentes, elle aurait été susceptible d'influencer l'exercice de pondération auquel s'est livré le premier juge pour l'application de l'al. 515(10)*c*). Cette nouvelle preuve doit donc être significative. Si la preuve nouvelle satisfait aux quatre critères d'admissibilité, le juge réviseur est autorisé à reprendre l'analyse fondée sur l'al. 515(10)*c*) comme s'il était le premier décideur.

L'opportunité d'intervenir existera aussi lorsqu'une erreur de droit a été commise par le premier juge, ou lorsque la décision contestée est manifestement inappropriée, c'est-à-dire lorsque le juge ayant rendu la décision contestée a accordé trop d'importance à un facteur pertinent ou pas suffisamment à un autre. Il ne s'agit donc pas d'accorder aux juges réviseurs le pouvoir d'intervenir à l'égard de la décision initiale simplement parce qu'ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents.

En l'espèce, le juge de la Cour supérieure est intervenu alors qu'il n'y avait pas matière à révision, vu l'absence de changement de circonstances et d'erreur de droit, et le fait que la décision initiale n'était pas manifestement inappropriée. La pondération de toutes les circonstances pertinentes, comme le requiert l'al. 515(10)*c*), rendait nécessaire la détention de S afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; **arrêts mentionnés :** *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209; *R. c. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490; *R. c. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. c. Teemotee*, 2011 NUCJ 17; *R. c. Bhullar*, 2005 BCCA 409; *R. c. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81; *R. c. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492; *R. c. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7; *R. c. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *R. c. Coates*, 2010 QCCA 919; *R. c. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Lamothe*, [1990] R.J.Q. 973; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277; *R. c. Turcotte*, 2014 QCCA 2190; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. c. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. c. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; *United States of America c. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93; *United States of America c. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414; *United States of America c. Yuen*, 2004 ABCA

Tenenbaum v. United States of America, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde v. United States of America* (2005), 293 N.B.R. (2d) 80; *United States of America v. Palmucci*, 2001 CanLII 38680; *Boily v. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov v. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44; *Seifert v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203; *United States of America v. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *R. v. Dagenais*, 2012 QCCA 244; *R. v. Riendeau*, 2012 QCCA 1155.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(*d*), (*e*), 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34, 232, 267(*b*), 268, 469, 515(1), (2), (4) to (4.3), (5), (6), (8), (10), 517(1)(*b*), 518, 520, 521, 523(2)(*b*), 680, 687, 718.2(*d*), 719(3), (3.1), 723, 730, 731, 732.1(3), 734.

Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 59(2).

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 18(2).

Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6, s. 37(5).

Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 16(9), (10).

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 33(1).

Authors Cited

Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521.

Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2014, release 5).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum c. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde c. United States of America* (2005), 293 R.N.-B. (2e) 80; *United States of America c. Palmucci*, 2001 CanLII 38680; *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov c. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44; *Seifert c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203; *United States of America c. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *R. c. Dagenais*, 2012 QCCA 244; *R. c. Riendeau*, 2012 QCCA 1155.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*d*), *e*), 24(2).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 34, 232, 267*b*), 268, 469, 515(1), (2), (4) à (4.3), (5), (6), (8), (10), 517(1)*b*), 518, 520, 521, 523(2)*b*), 680, 687, 718.2*d*), 719(3), (3.1), 723, 730, 731, 732.1(3), 734.

Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, c. 18, art. 59(2).

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 18(2).

Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6, art. 37(5).

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 33(1).

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, c. Y-1, art. 16(9), (10).

Doctrine et autres documents cités

Morissette, Yves-Marie. « The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* : What To Do and What Not To Do » (1984), 29 *R.D. McGill* 521.

Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2014, release 5).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2014, release 3).

APPEAL from a decision of the Quebec Superior Court (Martin J.), 2013 QCCS 5021, [2013] AZ-51009868, [2013] J.Q. nº 14227 (QL), 2013 CarswellQue 10825 (WL Can.), allowing an application under s. 520 of the *Criminal Code* for review of a detention order. Appeal allowed.

Christian Jarry and *Geneviève Langlois*, for the appellant.

André Lapointe and *Guylaine Tardif*, for the respondent.

Robert E. Gattrell and *Avene Derwa*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

John Norris and *Christine Mainville*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Anil K. Kapoor and *Lindsay Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The repute of our criminal justice system rests on the deeply held belief of Canadians that the right to liberty and the presumption of innocence are fundamental values of our society that require protection. However, that repute also depends on the confidence citizens have that persons charged with serious crimes will not be able to evade justice, harm others or interfere with the administration of justice while awaiting trial. The risk that one of these events might tarnish the repute of the justice system was recognized by Parliament in enacting s. 515(10)(*a*) and (*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"), under which the interim detention of an accused may

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2014, release 3).

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec (le juge Martin), 2013 QCCS 5021, [2013] AZ-51009868, [2013] J.Q. nº 14227 (QL), 2013 CarswellQue 10825 (WL Can.), qui a accueilli une requête en révision d'une ordonnance de détention en vertu de l'art. 520 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Christian Jarry et *Geneviève Langlois*, pour l'appelante.

André Lapointe et *Guylaine Tardif*, pour l'intimé.

Robert E. Gattrell et *Avene Derwa*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John Norris et *Christine Mainville*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Anil K. Kapoor et *Lindsay Daviau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] La considération dont jouit notre système de justice pénale repose sur la conviction profonde des Canadiens et des Canadiennes que le droit à la liberté et la présomption d'innocence sont des valeurs fondamentales de notre société qu'il est essentiel de protéger. Mais cette considération est également tributaire de la confiance qu'ont les citoyens que les personnes accusées d'un crime sérieux ne pourront fuir la justice, causer préjudice à autrui ou nuire à l'administration de la justice lorsqu'elles sont en attente de leur procès. Le Parlement a reconnu ces risques d'atteinte à la considération du système de justice aux al. 515(10)*a*) et *b*) du *Code*

be ordered where that is necessary to ensure the attendance of the accused in court or to guarantee the protection or safety of the public.

[2] Moreover, Parliament judged that there are circumstances in which releasing an accused person could undermine the repute of the justice system, and this led it to provide, in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, for a third ground for interim detention, maintaining confidence in the administration of justice. Thus, Parliament recognized that there are circumstances in which allowing a person charged with a serious crime to be released into the community pending trial in the face of overwhelming evidence might suggest to the public that justice has not been done: see *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 26.

[3] This appeal affords the Court an opportunity to consider the circumstances in which pre-trial detention of an accused is necessary in order to maintain the confidence of the Canadian public in the administration of justice in accordance with s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* This provision has already been considered by the Court in *Hall*, but the central issue in that case was the constitutionality of this ground for detention as it was worded at that time. In cases decided by lower courts since *Hall*, the provision has been given widely varying interpretations, making it necessary for the Court to provide further guidance on its application.

[4] The ground for detention in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* requires that an effort be made to strike an "appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community": *Hall*, at para. 41. In addition, judges must adopt the perspective of the public in determining whether detention is necessary. What the word "public" means is not always easy to understand. These difficulties no doubt explain why s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* has generated so much discussion among legal experts and led to inconsistent results across the country.

criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), qui autorisent la mise en détention provisoire d'un accusé lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal ou pour garantir la protection ou la sécurité du public.

[2] Le Parlement a en outre estimé que, dans certaines circonstances, la mise en liberté d'un accusé pouvait miner la considération dont jouit le système de justice. Il a donc prévu, à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, un troisième motif de détention provisoire, le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice. Ainsi, le Parlement a reconnu que dans certaines situations, le fait de permettre à une personne accusée d'un crime grave de rester en liberté dans la collectivité en attendant son procès, lorsque la preuve qui pèse contre elle est accablante, peut engendrer auprès du public l'idée que justice n'est pas rendue : voir *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 26.

[3] Le présent pourvoi donne l'opportunité à la Cour d'examiner les circonstances dans lesquelles le maintien de la confiance du public canadien envers l'administration de la justice requiert la détention avant procès d'un accusé en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Notre Cour s'est déjà penchée sur cette disposition dans l'arrêt *Hall*, mais la question centrale était alors la constitutionnalité de ce motif de détention tel qu'il était formulé à cette époque. Depuis, la jurisprudence des tribunaux inférieurs sur cette disposition révèle d'importantes divergences d'interprétation, qui incitent la Cour à fournir de plus amples précisions sur son application.

[4] Le motif de détention prévu à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* exige la recherche du « juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité » : *Hall*, par. 41. S'ajoute à cela la perspective du public, que doit adopter le juge afin de déterminer si la détention est nécessaire. Il s'agit d'une notion dont il n'est pas toujours aisé de saisir les contours. Ces difficultés expliquent sans doute pourquoi l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* a fait couler tant d'encre chez les juristes et entraîné des résultats contradictoires à travers le pays.

[5] In my opinion, the scope of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* has been unduly restricted by the courts in some cases. This ground for detention is not necessarily limited to exceptional circumstances, to the most heinous of crimes involving circumstances similar to those in *Hall*, or to certain classes of crimes. The interpretation of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* has also been truncated by a misunderstanding of the meaning of the word "*public*" used in the provision's French version (and implied in the word "confidence" used in the English version), which I will discuss below. For now, I will simply note that the "public" are reasonable, well-informed members of the community, but not legal experts with in-depth knowledge of our criminal justice system.

[6] This appeal is the first time this Court has been called upon to determine the extent of the power provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* to review decisions with respect to detention or to interim release. Since a decision whether to order the pre-trial release of an accused involves a delicate balancing of all the relevant circumstances, the power of a judge hearing an application under s. 520 or 521 *Cr. C.* to review such a decision is not open-ended. I conclude that exercising this power will be appropriate in only three situations: (1) where there is admissible new evidence; (2) where the impugned decision contains an error of law; or (3) where the decision is clearly inappropriate. In the last of these situations, a reviewing judge cannot simply substitute his or her assessment of the evidence for that of the justice who rendered the impugned decision. It is only if the justice gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another that the reviewing judge can intervene.

[7] In the case at bar, the respondent, Jeffrey St-Cloud, was charged with aggravated assault under s. 268 *Cr. C.* The justice of the peace who heard the initial application for release found that detention

[5] Je suis d'avis que la portée de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* a été indûment restreinte par les tribunaux dans certains cas. Ce motif de détention n'est pas nécessairement limité à des circonstances exceptionnelles, aux crimes les plus odieux qui présenteraient des circonstances similaires à celles de l'affaire *Hall*, ou encore à certaines catégories de crimes. L'interprétation de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* a également été tronquée par une conception erronée de la notion de « public » dont fait mention le texte français de la disposition (et qui est sous-entendue dans la notion de « *confidence* » en anglais), notion sur laquelle je reviendrai plus loin. Pour l'instant, je me contenterai de rappeler que le « public » est une personne raisonnable et bien informée de la collectivité, mais qui n'est pas un juriste possédant une connaissance approfondie de notre système de justice criminelle.

[6] Par ailleurs, notre Cour est appelée pour la première fois en l'espèce à déterminer l'étendue du pouvoir de révision conféré par les art. 520 et 521 *C. cr.* à l'égard des décisions concernant la détention ou la mise en liberté provisoire. Puisque la décision de remettre ou non en liberté un accusé avant son procès constitue un exercice délicat de pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes, le juge qui entend une requête en révision fondée sur l'art. 520 ou 521 *C. cr.* ne jouit pas d'un pouvoir illimité de révision de cette décision. Je conclus que l'opportunité d'exercer ce pouvoir ne se présentera que dans trois cas : (1) en présence d'une preuve nouvelle admissible; (2) en présence d'une erreur de droit dans la décision contestée; ou (3) en présence d'une décision manifestement inappropriée. Dans ce dernier cas, il n'est pas question pour le juge réviseur de simplement substituer son appréciation des faits à celle du juge ayant rendu la décision contestée. Ce n'est que lorsque ce dernier a accordé trop d'importance à un facteur pertinent ou à l'inverse pas suffisamment à un autre que le juge réviseur pourra intervenir.

[7] Dans la présente affaire, l'intimé Jeffrey St-Cloud a été accusé de voies de fait graves en vertu de l'art. 268 *C. cr.* Le juge de paix qui a entendu la demande initiale de mise en liberté a conclu

was necessary on the basis of s. 515(10)(*b*) and (*c*) *Cr. C.* The justice who heard the respondent's second application for release on completion of the preliminary inquiry found that his detention was still justified under s. 515(10)(*c*). The respondent then applied under s. 520 *Cr. C.* for a review by a Superior Court judge, who determined that detention was not necessary under s. 515(10)(*c*) and ordered the respondent's release. The Crown is appealing that decision to this Court.

[8] For the reasons that follow, I would allow the appeal. The detention of the respondent is necessary to maintain confidence in the administration of justice. I will explain why.

II. Background and Judicial History

[9] On the night of April 24, 2013, the respondent and two other individuals committed an extremely violent assault against a bus driver working for the Société de transport de Montréal. The incident was recorded by the video system on the bus, and the recording showed that the respondent had been an active participant in the assault. The three individuals struck the driver in the head many times, leaving him with serious long-term injuries. Even the intervention of passengers was not enough to stop the attack right away. The respondent was charged with aggravated assault under s. 268 *Cr. C.*

A. *Court of Québec (Judge Lavergne), No. 500-01-088824-138, April 29, 2013*[1]

[10] The first release hearing took place on April 26, 2013 before Judge Lavergne. The appellant opposed the respondent's release. At the time of the hearing, the victim was still in the hospital

[1] Judge Lavergne issued a publication ban under s. 517(1)(*b*) of the *Criminal Code* (see Appendix) on April 26, 2013. I note that no one raised the issue of the publication ban in this appeal, and I do not interpret s. 517(1)(*b*) as preventing the Court from publishing these reasons for judgment in the Supreme Court Reports and from posting them online following the Court's usual practice.

que la détention était nécessaire sur la base des al. 515(10)*b*) et *c*) *C. cr.* Le juge de paix qui a entendu la deuxième demande de mise en liberté de l'intimé à la fin de l'enquête préliminaire a estimé que sa détention était toujours justifiée en vertu de l'al. 515(10)*c*). L'intimé a alors présenté une demande de révision en application de l'art. 520 *C. cr.* devant un juge de la Cour supérieure, qui a décidé que la détention de l'intimé n'était pas nécessaire au regard de l'al. 515(10)*c*) et a ordonné sa mise en liberté. Le ministère public se pourvoit contre cette dernière décision devant notre Cour.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La détention de l'intimé est nécessaire pour maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Voici pourquoi.

II. Contexte et historique judiciaire

[9] Dans la nuit du 24 avril 2013, l'intimé ainsi que deux autres individus ont agressé avec une rare violence un chauffeur d'autobus de la Société de transport de Montréal. La scène a été captée par le système vidéo de l'autobus et les images ont démontré la participation active de l'intimé à l'agression. Les trois individus ont roué le chauffeur de nombreux coups à la tête qui l'ont laissé avec d'importantes séquelles à long terme. Même l'intervention de passagers n'a pas immédiatement permis de mettre fin à l'agression. L'intimé a été accusé de voies de fait graves en application de l'art. 268 *C. cr.*

A. *Cour du Québec (le juge Lavergne), nº 500-01-088824-138, 29 avril 2013*[1]

[10] La première audience sur la mise en liberté a eu lieu le 26 avril 2013 devant le juge Lavergne. L'appelante s'est opposée à la mise en liberté de l'intimé. Au moment de l'audience, la victime était

[1] Le juge Lavergne a prononcé une interdiction de publication en vertu de l'al. 517(1)*b*) du *Code criminel* (voir l'annexe) le 26 avril 2013. Je note que personne n'a soulevé la question de cette interdiction de publication dans le cadre du pourvoi, et je ne considère pas que l'al. 517(1)*b*) a pour effet d'empêcher la Cour de publier les présents motifs dans le Recueil des arrêts de la Cour suprême et de les mettre en ligne conformément à sa pratique habituelle.

and the medical prognosis was uncertain. However, it was known that he had, at the very least, a hairline fracture to a facial bone and a concussion.

[11] Judge Lavergne stated at the outset that the onus was on the prosecutor to show that the respondent's detention was necessary. After balancing the relevant factors, he found on the basis of s. 515(10)(*b*) *Cr. C.* that the interim detention of the respondent was necessary for the protection or safety of the public.

[12] Judge Lavergne nevertheless continued his analysis and considered the circumstances set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* The first three — (1) the apparent strength of the prosecution's case, (2) the gravity of the offence and (3) the circumstances surrounding the commission of the offence — had already been discussed in the context of the ground set out in s. 515(10)(*b*). He also considered the fourth circumstance, namely the fact that the respondent was liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment (maximum sentence of 14 years). As well, he was of the opinion that aggravating factors were evident from the circumstances of the case.

[13] Judge Lavergne then explained that s. 515(10)(*c*) [TRANSLATION] "calls for an analysis of whether, at the end of the day, after all the circumstances are considered . . . there is a reasonable collective expectation that interim release must be denied to maintain public confidence in the administration of justice": pp. 18-19. He made the following comments in this regard:

[TRANSLATION] But who then is the public? The public means persons who are reasonable, dispassionate and properly informed about the values expressed in legislation, including the presumption of innocence, which applies throughout the criminal process, as I have said, but who are also informed about all the circumstances associated with the commission of a crime.

In light of the videotape and all the circumstances, the defendant's participation, the likelihood of a conviction and the chances of a significant term of imprisonment,

toujours hospitalisée et le pronostic médical était incertain. On savait cependant qu'elle avait à tout le moins subi une fissure d'un os du visage ainsi qu'une commotion cérébrale.

[11] D'entrée de jeu, le juge Lavergne a précisé qu'il appartenait au poursuivant de démontrer la nécessité de la détention de l'intimé. Après avoir procédé à la pondération des facteurs pertinents, le juge Lavergne a conclu, en application de l'al. 515(10)*b*) *C. cr.*, que la détention provisoire de l'intimé était nécessaire pour la protection ou la sécurité du public.

[12] Le juge a néanmoins poursuivi son analyse et examiné les circonstances énoncées à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Les trois premières avaient déjà été examinées dans l'analyse du motif prévu à l'al. 515(10)*b*) : (1) l'apparence de fondement de l'accusation; (2) la gravité de l'infraction; et (3) les circonstances entourant sa perpétration. Le juge a aussi tenu compte de la quatrième circonstance, soit le fait que l'intimé encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement (peine maximale de 14 ans). Il était également d'avis que des facteurs aggravants ressortaient des circonstances de l'affaire.

[13] Le juge Lavergne a ensuite expliqué que l'al. 515(10)*c*) « induit à analyser si, au bout du compte, après considération de toutes les circonstances [. . .] il existe une expectative collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » : p. 18-19. Il a formulé les précisions suivantes :

Mais qu'est-ce donc le public? Le public réfère à la personne raisonnable, objective, bien informée des valeurs véhiculées par les lois, notamment la présomption d'innocence qui existe tout au long du processus pénal, ainsi que je l'ai indiqué, mais informée aussi de toutes les circonstances qui marquent la perpétration d'un crime.

Le Tribunal est convaincu que cette personne raisonnable, au vu de la bande vidéo et de toutes les circonstances, de la participation du défendeur, de la probabilité

the Court is satisfied that such a reasonable person would conclude that interim release must be denied. [p. 19]

[14] Finding that the Crown had discharged its burden under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, Judge Lavergne accordingly ordered the detention of the respondent until further order.

B. *Court of Québec (Judge Legault), No. 500-01-088824-138, June 21, 2013*

[15] On completion of his preliminary inquiry, the respondent applied again to be released, this time on the basis of s. 523(2)(*b*) *Cr. C.* Judge Legault began by explaining that the onus was on the respondent to show some new cause for ordering his release and that the court had a [TRANSLATION] "limited power that requires [it] to show restraint": para. 2.

[16] Noting that the evidence concerning the circumstances of the offence seemed to be the same that had been presented at the time of the initial application, however, Judge Legault expressed the opinion that there were also some new facts, including a substantial increase in the financial security provided by the respondent's family and the possibility of his obtaining regular employment at a garage.

[17] Judge Legault found on the basis of the new facts that the risk of reoffending was [TRANSLATION] "reduced". He also considered it "credible" that the respondent was seriously committed to working or studying: paras. 20-21. However, he noted that the victim's medical condition had worsened.

[18] Judge Legault therefore accepted Judge Lavergne's conclusion that the detention of the respondent was necessary to maintain confidence in the administration of justice, the ground provided for in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* He agreed with Judge Lavergne that there was [TRANSLATION] "a reasonable collective expectation that interim release must be denied

d'une condamnation et des risques d'une peine significative d'emprisonnement, que cette personne conclurait que le refus de la remise en liberté provisoire s'impose. [p. 19]

[14] Concluant que le ministère public s'était déchargé de son fardeau en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, le juge Lavergne a ordonné la détention de l'intimé jusqu'à nouvel ordre.

B. *Cour du Québec (le juge Legault), n^o^ 500-01-088824-138, 21 juin 2013*

[15] Au terme de l'enquête préliminaire, l'intimé a présenté une nouvelle demande de mise en liberté, cette fois suivant l'al. 523(2)*b*) *C. cr.* Le juge Legault a d'abord expliqué qu'il incombait à l'intimé de démontrer l'existence de motifs justificatifs nouveaux, et que la cour disposait d'un « pouvoir limité qui demande au tribunal de faire preuve de réserve » : par. 2.

[16] Notant que la preuve des circonstances de l'infraction semblait être la même que celle présentée lors de la requête initiale, le juge Legault a cependant exprimé l'avis qu'il existait également des faits nouveaux, notamment l'augmentation substantielle des garanties financières fournies par la famille de l'intimé et la possibilité que celui-ci obtienne un emploi régulier dans un garage.

[17] Le juge Legault a conclu des faits nouveaux que les risques de récidive étaient « amenuisés », estimant également « crédible » la volonté de l'intimé de s'engager sérieusement dans un travail, voire dans ses études : par. 20-21. Il a noté, par contre, que la situation médicale de la victime était plus grave.

[18] Le juge Legault s'est donc rallié à la conclusion du juge Lavergne selon laquelle la détention de l'intimé était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, motif prévu à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* À l'instar du juge Lavergne, le juge Legault a estimé qu'il existait « une expectative collective raisonnable de

to maintain public confidence in the administration of justice": para. 25.

C. *Quebec Superior Court (Martin J.), 2013 QCCS 5021*

[19] On July 2, 2013, the respondent applied to the Superior Court under s. 520 *Cr. C.* for a review of the detention order.

[20] Martin J. began by stating that he understood from Judge Legault's decision that the latter had concluded that the detention of the respondent was not necessary for the protection or safety of the public within the meaning of s. 515(10)(*b*) *Cr. C.* In Martin J.'s opinion, Judge Legault would therefore have granted the respondent bail had it not been for the ground set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, namely the need for detention in order to maintain confidence in the administration of justice.

[21] Martin J. then noted that it was up to the respondent to show a reviewable error by the justices who had ordered his detention. Referring to *Hall*, he concluded that s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* must be [TRANSLATION] "used sparingly": para. 22 (CanLII).

[22] Martin J. stated the test he had to apply as follows:

> [TRANSLATION] . . . Could a reasonable person who has no interest in the situation, but who is well versed in the content of the Charter of Rights, the provisions of the Criminal Code and the principles laid down by the Supreme Court, conclude that confidence in the administration of justice would be undermined if the person in question were released? It is in fact the justice who must assess this on the basis of the facts in evidence. [para. 23]

[23] Martin J. concluded that, in the instant case, the incident was [TRANSLATION] "repugnant . . . heinous and unjustifiable", but not unexplainable: para. 27. In his opinion, the two justices had therefore erred in denying release on the basis of the

la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » : par. 25.

C. *Cour supérieure du Québec (le juge Martin), 2013 QCCS 5021*

[19] Le 2 juillet 2013, l'intimé a saisi la Cour supérieure d'une requête en révision de l'ordonnance de détention, en vertu de l'art. 520 *C. cr.*

[20] Le juge Martin a d'abord indiqué qu'il ressortait selon lui de la décision du juge Legault que ce dernier avait conclu que la détention de l'intimé n'était pas nécessaire pour la protection ou la sécurité du public aux termes de l'al. 515(10)*b*) *C. cr.* De l'avis du juge Martin, le juge Legault aurait donc libéré l'intimé moyennant un cautionnement n'eût été du motif prévu à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, soit la nécessité de la détention pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[21] Le juge Martin a précisé ensuite qu'il appartenait à l'intimé d'établir une erreur révisable de la part des juges ayant ordonné sa détention. Se référant à l'affaire *Hall*, le juge Martin a conclu que l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* devait être « appliqué avec parcimonie » : par. 22 (CanLII).

[22] Le juge Martin a énoncé en ces termes le test qu'il devait appliquer :

> . . . Est-ce qu'un homme raisonnable, sans aucun intérêt dans la situation, mais bel et bien instruit dans le contenu de la Charte des droits, dans les dispositions du Code criminel et dans les enseignements de la Cour Suprême, est-ce que cette personne pourrait conclure que la confiance du public dans l'administration de la justice serait minée par la libération de la personne en question. Effectivement, c'est le juge qui est appelé à évaluer cette formule-là face aux faits mis en preuve devant lui. [par. 23]

[23] En l'espèce, le juge Martin a considéré que l'incident était « répugnant [. . .] odieux et ne [pouvait] être justifié », mais qu'il n'était pas inexplicable : par. 27. À son avis, les deux premiers juges avaient donc eu tort de refuser la mise en liberté

ground set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* He accordingly granted the respondent's application and ordered his release.

III. Issues

[24] This appeal raises the following questions:

1. What is the proper interpretation of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*?

2. What are the cases in which the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* is available in the interim release context?

3. In this case, did the Superior Court judge err in his interpretation of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*?

4. In this case, did the Superior Court judge err in exercising his role as a reviewing judge under s. 520 *Cr. C.* by simply substituting his assessment of the evidence for that of the justices?

IV. Analysis

A. *Proper Interpretation of Section 515(10)(c) Cr. C.*

(1) Legislative and Judicial Context

[25] Although the legislative history of s. 515(10) *Cr. C.* was explained clearly by this Court in *Hall*, I believe that it will be helpful to summarize it here.

[26] I should begin by mentioning that the pretrial release provisions are of relatively ancient origin:

In 1869, the Federal Government enacted legislation making bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30. Bail was therefore left to the discretion of the judge. Although the primary determinant for denying

pour le motif prévu à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* En conséquence, il a accueilli la requête de l'intimé et ordonné sa mise en liberté.

III. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*?

2. Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* en matière de mise en liberté provisoire?

3. En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a-t-il erré dans son interprétation de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*?

4. En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a-t-il erronément exercé son rôle de juge réviseur prévu à l'art. 520 *C. cr.*, en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle des juges de paix?

IV. Analyse

A. *L'interprétation appropriée de l'al. 515(10)c) C. cr.*

(1) Contexte législatif et judiciaire

[25] Dans l'arrêt *Hall*, notre Cour a bien expliqué l'historique législatif du par. 515(10) *C. cr.* Je crois toutefois utile d'en rappeler les grandes lignes.

[26] Mentionnons d'abord que les dispositions régissant la mise en liberté avant procès ont des origines relativement anciennes :

En 1869, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions : voir l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30. La mise en liberté sous

bail was the need to compel the accused's attendance, courts also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused: see, for example, *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (B.C. Co. Ct.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (P.E.I.S.C.).

In 1972 the law of bail was recodified: *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act identified two branches for refusing bail: (1) where the accused's detention was necessary to ensure his attendance in Court; or (2) where detention was "necessary in the public interest or for the protection or safety of the public" against the accused re-offending or interfering with the administration of justice. The use of "or" in the second branch led to the view that there were in effect three grounds for denying bail: (1) ensuring appearance at trial; (2) protection against criminal offences pending trial; and (3) the "public interest". These grounds were originally enacted as s. 457(7)(*a*) and (*b*) of the *Criminal Code*, and later became s. 515(10)(*a*) and (*b*).

(*Hall*, at paras. 14-15)

[27] Since the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*") in 1982, any person charged with an offence has the right "not to be denied reasonable bail without just cause": s. 11(*e*). This Court has stated that s. 11(*e*) creates "a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise": *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 691. Section 11(*e*) has two distinct components: (1) the right to "reasonable bail" in terms of quantum of any monetary component and any other conditions that might be imposed; and (2) the right not to be denied bail without "just cause".

[28] In *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, this Court struck down the component of s. 515(10)(*b*) *Cr. C.* that authorized pre-trial detention on the ground that detaining the accused was necessary in

caution était donc laissée à la discrétion du juge. Même si la principale cause de refus invoquée était la nécessité de contraindre l'accusé à se présenter à son procès, les tribunaux ont également tenu compte d'autres facteurs tels la nature de l'infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l'accusé et la moralité de ce dernier : voir, par exemple, *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (C. cté C.-B.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (C.S.Î.-P.-É.).

En 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution a fait l'objet d'une nouvelle codification : *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. La Loi prévoyait deux motifs de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution : (1) la détention de l'accusé était nécessaire pour assurer sa présence au tribunal, ou (2) sa détention était « nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public » afin de l'empêcher de récidiver ou de nuire à l'administration de la justice. L'emploi du mot « ou » dans le second motif a amené à croire qu'il existait en réalité trois motifs de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution : (1) assurer la comparution au procès, (2) la protection contre les infractions criminelles avant le procès, et (3) l'« intérêt public ». Édictés à l'origine aux al. 457(7)*a*) et *b*) du *Code criminel*, ces motifs se sont retrouvés par la suite aux al. 515(10)*a*) et *b*).

(*Hall*, par. 14-15)

[27] Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») en 1982, tout inculpé a le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » : al. 11*e*). Notre Cour a énoncé que le droit conféré par cet article est « un droit fondamental à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable sauf s'il existe une juste cause justifiant le refus de l'accorder » : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 691. L'alinéa 11*e*) comporte en fait deux éléments distincts : (1) le droit à un « cautionnement raisonnable » du point de vue de la somme d'argent exigée et des autres conditions imposées; et (2) le droit de ne pas être privé sans « juste cause » de la mise en liberté sous caution.

[28] Dans l'affaire *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, notre Cour a invalidé l'élément de l'al. 515(10)*b*) *C. cr.* qui autorisait la détention du prévenu avant son procès si cette mesure était nécessaire dans

the "public interest". The Court held that this wording was vague and imprecise and that it authorized a "standardless sweep" allowing a "court [to] order imprisonment whenever it [saw] fit": p. 732.

[29] In 1997, Parliament therefore changed the wording of s. 515(10) and also added para. (*c*) to it: *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 59(2). The detention of an accused could then be justified "on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice". At the time, Parliament had not drawn up a list of circumstances the justice was required to consider in this analysis.

[30] The validity of that provision was the issue before the Court in *Hall*. The Court held that the first part of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, which authorized the denial of bail for "any other just cause", was unconstitutional because it was inconsistent with the presumption of innocence and with s. 11(*e*) of the *Charter*. The Court found that this wording conferred a broad discretion on justices to grant or deny bail in that it did not specify any particular basis upon which bail could be denied: *Hall*, at para. 22. However, the balance of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* was found to be constitutional.

[31] In 2008, Parliament amended s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* so as to make it consistent with the Court's decision in *Hall*: *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 37(5). That version of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, which is still in force today, is the one at issue in this appeal:

> (*c*) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including
>
> (i) the apparent strength of the prosecution's case,

l'« intérêt public ». La Cour a jugé que cette formulation était vague et imprécise, et qu'elle laissait une « large place à l'arbitraire » permettant au « tribunal [d']ordonner l'emprisonnement quand il juge[ait] bon de le faire » : p. 732.

[29] En 1997, le législateur a en conséquence changé la formulation du par. 515(10), et y a ajouté l'al. *c*) : *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, c. 18, par. 59(2). La détention d'un accusé était désormais justifiée s'il était « démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, [que] sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice ». À cette époque, le législateur n'avait pas dressé de liste de circonstances dont le juge devait tenir compte dans cette analyse.

[30] C'est la validité de cette disposition que la Cour a contrôlée dans l'arrêt *Hall*. La Cour a conclu que la première partie de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, qui permettait de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause », était inconstitutionnelle parce qu'incompatible avec la présomption d'innocence et avec l'al. 11*e*) de la *Charte*. La Cour a estimé que cette formulation conférait aux juges un large pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non la mise en liberté sous caution, du fait qu'elle ne précisait aucun motif particulier pouvant justifier le refus de mise en liberté sous caution : *Hall*, par. 22. Le reste de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* a cependant été jugé constitutionnel.

[31] En 2008, le législateur fédéral a modifié l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* afin de le rendre conforme à la décision de la Cour dans *Hall* : *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, par. 37(5). C'est cette version de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, toujours en vigueur aujourd'hui, qui est en cause dans le présent pourvoi :

> *c*) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :
>
> (i) le fait que l'accusation paraît fondée,

(ii) the gravity of the offence,

(iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and

(iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

The remainder of s. 515(10) *Cr. C.* is reproduced, together with other relevant statutory provisions, in the Appendix at the end of these reasons.

(2) Principles From *Hall*

[32] The central issue in *Hall* was the constitutionality of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* However, the Court provided some guidance on how to interpret this provision.

(a) *Basis for Section 515(10)(c) Cr. C.*

[33] McLachlin C.J., writing for the majority of the Court, explained that in some circumstances it may be necessary to deny an accused bail, even where there is no risk he or she will not attend trial or may reoffend or interfere with the administration of justice: *Hall*, at para. 25. According to the Chief Justice, "[w]here justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter": para. 26. Yet, she wrote, "[p]ublic confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole": para. 27, citing *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689.

(b) *Distinctiveness of the Ground Set Out in Section 515(10)(c) Cr. C.*

[34] McLachlin C.J. also explained that s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* creates not a ground for detention that

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

Le reste du par. 515(10) *C. cr.*, ainsi que d'autres dispositions législatives pertinentes, sont reproduites à l'annexe à la fin des présents motifs.

(2) Les enseignements de l'arrêt *Hall*

[32] La question centrale dans l'affaire *Hall* était la constitutionnalité de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* La Cour a cependant donné quelques indications sur l'interprétation à donner à cet alinéa.

a) *Le fondement de l'al. 515(10)c) C. cr.*

[33] S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, la juge en chef McLachlin a expliqué qu'il peut être nécessaire, dans certains cas, de refuser la mise en liberté d'un accusé, et ce, même en l'absence de risque qu'il ne se présente pas à son procès, qu'il récidive ou qu'il nuise à l'administration de la justice : *Hall*, par. 25. Selon la Juge en chef, « [l]orsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice » : par. 26. Or, écrit la Juge en chef, « [l]a confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice » : par. 27, se référant à *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689.

b) *Le caractère distinct du motif prévu à l'al. 515(10)c) C. cr.*

[34] La juge en chef McLachlin a par ailleurs précisé que l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* n'énonce pas de

might be characterized as "residual" in the sense that it applies only as a last resort, but one that is separate and distinct:

> Bail denial to maintain confidence in the administration of justice is not a mere "catch-all" for cases where the first two grounds have failed. It represents a separate and distinct basis for bail denial not covered by the other two categories. The same facts may be relevant to all three heads. . . . But that does not negate the distinctiveness of the three grounds. [Emphasis added.]

(*Hall*, at para. 30)

(c) *Test Under Section 515(10)(c) Cr. C.*

[35] The Chief Justice did not elaborate at length on the analysis to be conducted by a justice who must determine whether s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* applies. However, I will reproduce the following remarks:

> Section 515(10)(*c*) sets out specific factors which delineate a narrow set of circumstances under which bail can be denied on the basis of maintaining confidence in the administration of justice. As discussed earlier, situations may arise where, despite the fact the accused is not likely to abscond or commit further crimes while awaiting trial, his presence in the community will call into question the public's confidence in the administration of justice. Whether such a situation has arisen is judged by all the circumstances, but in particular the four factors that Parliament has set out in s. 515(10)(*c*) — the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for lengthy imprisonment. . . .
>
> This, then, is Parliament's purpose: to maintain public confidence in the bail system and the justice system as a whole. . . . Most importantly, the judge makes this appraisal objectively through the lens of the four factors Parliament has specified. The judge cannot conjure up his own reasons for denying bail; while the judge must look at all the circumstances, he must focus particularly on the factors Parliament has specified. At the end of the

motif de détention que l'on pourrait qualifier de « résiduel », c'est-à-dire un motif qui ne s'appliquerait qu'en dernier recours, mais plutôt un motif séparé et distinct :

> Le refus d'accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice n'est pas simplement une solution générale applicable dans les cas où les deux premiers motifs n'ont pas pu être invoqués avec succès. Elle représente un motif séparé et distinct de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution, qui n'est pas visé par les deux autres catégories. Les mêmes faits peuvent être pertinents à l'égard des trois motifs. [. . .] Cependant, cela n'enlève rien au caractère distinct des trois motifs. [Je souligne.]

(*Hall*, par. 30)

c) *L'analyse requise par l'al. 515(10)c) C. cr.*

[35] La Juge en chef ne s'est pas attardée longuement à l'analyse que doit effectuer le juge appelé à statuer sur l'application ou non de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Je reproduis toutefois les propos suivants :

> L'alinéa 515(10)*c*) énonce des facteurs particuliers qui décrivent certains cas bien précis dans lesquels la mise en liberté sous caution peut être refusée dans le but de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Comme nous l'avons vu, ces cas peuvent se présenter lorsque, en dépit du fait qu'il est improbable que l'accusé s'esquivera ou qu'il commettra d'autres infractions en attendant de subir son procès, sa présence dans la collectivité compromettra la confiance du public dans l'administration de la justice. Pour décider si on est en présence d'une telle situation, il faut tenir compte de toutes les circonstances, mais particulièrement des quatre facteurs énoncés par le législateur à l'al. 515(10)*c*) — le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement. . .
>
> Tel est donc l'objectif du législateur : maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et l'ensemble du système de justice. [. . .] Qui plus est, le juge procède à cette évaluation objectivement à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur. Il ne peut pas évoquer ses propres raisons pour refuser d'accorder la mise en liberté sous caution. Bien qu'il doive tenir compte de toutes les circonstances, le juge doit

day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. . . . [T]he provision does not authorize a "standardless sweep" nor confer open-ended judicial discretion. Rather, it strikes an appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community. In sum, it is not overbroad. [Emphasis added.]

(*Hall*, at paras. 40-41)

[36] I will come back to *Hall* below and consider certain passages I have not discussed here.

(3) Principles That Must Guide the Analysis

(a) *Rejecting a Narrow Application of Section 515(10)(c) Cr. C.*

[37] The appellant submits that, despite the very clear principles enunciated in *Hall*, the courts have artificially added factors to s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* for the avowed purpose of restricting its scope and limiting the cases in which its application is justified. The appellant asserts that such an approach must be rejected.

[38] The respondent counters that it follows from the principles established in *Hall* that the cases in which s. 515(10)(*c*) applies will be few and far between. The respondent submits that the four factors must be assigned a relative weight and that the justice must not lose sight of the key question, namely whether confidence in the administration of justice would be maintained if the accused were released.

[39] It is true that some decisions reflect a strict application of s. 515(10)(*c*): see, e.g., *R. v. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209 (Ont. S.C.J.); *R. v. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490 (Ont. S.C.J.); *R. v. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. v. Teemotee*, 2011 NUCJ 17.

prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur. En définitive, le juge peut refuser d'accorder la mise en liberté sous caution uniquement s'il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu'un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice. [. . .] [L]a disposition en cause ne laisse pas une « large place à l'arbitraire » et ne confère pas non plus aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, elle établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité. Somme toute, elle n'a pas une portée excessive. [Je souligne.]

(*Hall*, par. 40-41)

[36] Je reviendrai plus loin sur l'arrêt *Hall* et sur certains passages dont je n'ai pas traité ici.

(3) Les principes devant guider l'analyse

a) *Le rejet de l'application restrictive de l'al. 515(10)c) C. cr.*

[37] L'appelante soutient que les tribunaux ont artificiellement ajouté des facteurs à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, malgré les enseignements très clairs de l'arrêt *Hall*, dans le but avoué de restreindre sa portée et de raréfier les cas où son application serait justifiée. Elle affirme qu'une telle approche doit être rejetée.

[38] Pour sa part, l'intimé prétend au contraire qu'il ressort des enseignements de l'arrêt *Hall* que les cas d'application de l'al. 515(10)*c*) sont limités et rares. L'intimé plaide qu'il faut accorder un poids relatif aux quatre facteurs et que le juge ne doit pas perdre de vue la question déterminante, soit celle de savoir si la mise en liberté du prévenu aurait pour effet de miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[39] Il est vrai que certaines décisions témoignent d'une application stricte de l'al. 515(10)*c*) : voir, p. ex., *R. c. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209 (C.S.J. Ont.); *R. c. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490 (C.S.J. Ont.); *R. c. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. c. Teemotee*,

This approach has also been adopted by some appellate courts. For example, the British Columbia Court of Appeal and the Ontario Court of Appeal have stated that the use of s. 515(10)(*c*) is justified only in rare or exceptional circumstances: *R. v. Bhullar*, 2005 BCCA 409, at paras. 62 and 65; *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81, at paras. 30 and 35; *R. v. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492 (Ont. C.A.), at para. 30. A variant of this prerequisite is that s. 515(10)(*c*) must be used "sparingly": *LaFramboise*, at para. 30; *R. v. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7, at paras. 51-53. The Saskatchewan Court of Appeal has also held that s. 515(10)(*c*) requires that there be "something more", something in addition to the four factors set out in it: *R. v. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87, at para. 16. Although the latter case predated this Court's decision in *Hall*, this statement has been reiterated since *Hall*, including by the Ontario Court of Appeal: *LaFramboise*, at para. 38. In a judgment subsequent to *LaFramboise*, the Ontario Court of Appeal found instead that the words "something more" were simply a way to convey the need to use s. 515(10)(*c*) sparingly: *D. (R.)*, at para. 53. However, it expressed the view that the third ground for detention is not limited to the most heinous of offences and can be invoked even if the community has not experienced the same horror and fear as was the case in *Hall*.

Cette approche a également été retenue par certaines cours d'appel. À titre d'exemple, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de l'Ontario ont affirmé que le recours à l'al. 515(10)*c*) n'est justifié qu'en présence de circonstances rares ou exceptionnelles: *R. c. Bhullar*, 2005 BCCA 409, par. 62 et 65; *R. c. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81, par. 30 et 35; *R. c. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492 (C.A. Ont.), par. 30. Une variante de ce prérequis est l'affirmation selon laquelle l'al. 515(10)*c*) doit être appliqué [TRADUCTION] « parcimonieusement » (« *sparingly* ») : *LaFramboise*, par. 30; *R. c. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7, par. 51-53. La Cour d'appel de la Saskatchewan a par ailleurs jugé que l'al. 515(10)*c*) requérait quelque chose de plus, en sus des quatre facteurs énoncés (« *something more* ») : *R. c. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87, par. 16. Bien que cette dernière décision soit antérieure à celle de notre Cour dans *Hall*, cette affirmation a été reprise postérieurement à l'arrêt *Hall*, notamment par la Cour d'appel de l'Ontario : *LaFramboise*, par. 38. Dans une décision subséquente à l'arrêt *LaFramboise*, la Cour d'appel de l'Ontario a plutôt conclu que l'idée de quelque chose de plus (« *something more* ») ne faisait qu'exprimer la nécessité de recourir parcimonieusement à l'al. 515(10)*c*) : *D. (R.)*, par. 53. La cour a toutefois exprimé l'avis que le troisième motif de détention ne se limitait pas aux infractions les plus odieuses qui soient et qu'il pouvait être invoqué dans des circonstances n'atteignant pas le degré d'horreur et d'effroi qu'avaient suscité dans la communauté les circonstances de l'affaire *Hall*.

[40] I see two reasons — one based on legislation and the other on the case law — why Canadian appellate courts may have adopted such interpretations.

[40] Je vois deux raisons — l'une législative, l'autre jurisprudentielle — qui ont pu amener les tribunaux d'appel canadiens à ces interprétations.

[41] First, the former wording of s. 515(10) *Cr. C.* — the one in effect, *inter alia*, at the time of *Morales* — specified two grounds for pre-trial detention, a *primary* ground and a *secondary* ground. The primary ground, set out in s. 515(10)(*a*), was that detention of the accused was necessary "to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law". The secondary ground, under s. 515(10)(*b*), was that detention of the accused was necessary "in

[41] D'abord, l'ancienne formulation du par. 515(10) *C. cr.* — celle en vigueur notamment à l'époque de l'affaire *Morales* — faisait état de deux motifs de détention avant procès, l'un *principal* et l'autre *secondaire*. Aux termes de l'al. 515(10)*a*), le motif principal était la nécessité de la détention du prévenu « pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi ». Suivant l'al. 515(10)*b*), le motif secondaire était la nécessité de la détention

the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice". An accused could be detained on the secondary ground only if detention was not justified on the primary ground set out in s. 515(10)(*a*). It was the secondary ground for detention that was at issue in *Morales* and, as I mentioned above, its "public interest" component was struck down by this Court. However, since the change made to the wording in 1997, s. 515(10) has no longer provided for a hierarchy of grounds for detention.

[42] Second, it seems to me that the position taken by certain courts originates in a misinterpretation of *Hall*. As Justice Trotter points out, there are cases in which courts, although acknowledging the authority of the Chief Justice's reasons in *Hall*, have actually seemed to prefer the minority's reasons: *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 3-45. The dissenting judges would have struck down s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* in its entirety, since they did not think it lent itself to a piecemeal analysis: *Hall*, at para. 88. In their view, the factors listed in that provision served as a "facade of precision", and it was difficult to see how they could promote the proper administration of justice in cases in which the grounds set out in s. 515(10)(*a*) and (*b*) were not already applicable: paras. 98-99. They were also of the opinion that the phrase "maintain confidence in the administration of justice" essentially revived the old "public interest" ground that the Court had struck down in *Morales* and invoked "similarly vague notions of the public image of the criminal justice system": para. 104. Since *Hall*, some courts have therefore found, using the minority's reasons to bolster this view, that the majority's reasons advocated a restrictive interpretation of s. 515(10)(*c*): Trotter, at p. 3-45.

du prévenu « dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice ». Le motif secondaire ne pouvait fonder la détention d'un prévenu que si sa détention n'était pas justifiée pour le motif principal mentionné à l'al. *a*). C'est le motif secondaire de détention qui était en cause dans l'affaire *Morales* et, comme je l'ai rappelé précédemment, notre Cour a invalidé l'élément « intérêt [du] public » de ce motif. Cependant, depuis le changement apporté en 1997, le libellé du par. 515(10) ne prévoit plus aucune hiérarchisation des motifs de détention.

[42] Par ailleurs, il me semble que la position adoptée par certains tribunaux tire ses origines d'une interprétation erronée de l'arrêt *Hall*. Comme le soulève le juge Trotter, il existe un courant jurisprudentiel qui, bien qu'il reconnaisse que les motifs de la Juge en chef dans *Hall* font autorité, semble plutôt leur préférer les motifs des juges minoritaires : *The Law of Bail in Canada* (3e éd. (feuilles mobiles)), p. 3-45. Je rappelle que ces derniers auraient invalidé l'ensemble de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, étant d'avis que cet alinéa ne se prêtait pas à une analyse fragmentaire : *Hall*, par. 88. Selon les juges dissidents, les facteurs énumérés à cet alinéa créaient une « fausse apparence de précision » et il était difficile de voir comment ils pourraient favoriser la bonne administration de la justice lorsque les motifs prévus aux al. *a*) ou *b*) ne trouvaient pas déjà application : par. 98-99. Ils étaient aussi d'avis que l'expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » faisait essentiellement renaître l'ancien motif d'« intérêt public », qu'avait invalidé la Cour dans l'arrêt *Morales*, et que cette expression s'appuyait sur des notions « tout aussi imprécises de l'image du système de justice criminelle auprès du public » : par. 104. En conséquence, depuis l'arrêt *Hall*, une certaine jurisprudence considère, en trouvant appui dans les motifs de la minorité, que les motifs de la majorité préconisent une interprétation restrictive de l'al. 515(10)*c*) : Trotter, p. 3-45.

[43] The crime at issue in *Hall* was a particularly heinous one: the murder of a woman who had 37 slash wounds on her body. Her assailant had intended to cut her head off. The murder had caused significant public concern. The accused had applied for bail, which the justice had denied on the basis of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*

[44] This Court described the crime as "heinous and unexplained": *Hall*, at para. 25. It also quoted a comment from *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474 (C.A.), at p. 480, that [TRANSLATION] "[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society": *Hall*, at para. 25. I note that the decision in *Rondeau* concerned what was at that time the secondary ground for detention, that is, the need to detain the accused for the protection or safety of the public. Section 515(10)(*c*) *Cr. C.* was not yet in force when that case was decided.

[45] The following passage from *Hall* is also worth reproducing:

> Where, as here, the crime is horrific, inexplicable, and strongly linked to the accused, a justice system that cannot detain the accused risks losing the public confidence upon which the bail system and the justice system as a whole repose. [para. 40]

[46] I am of the opinion that some courts have misinterpreted this Court's decision in *Hall*. First of all, the Court's comments must be viewed in the context of that case and analyzed in light of the case's very specific circumstances: the crime was an extremely horrific one. It was therefore natural for the Court to take this into account when applying s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* The Court's description of the crime as horrific, heinous and unexplained was simply an observation, a description of the facts considered by the Court in its analysis of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* It cannot be read as imposing conditions or prerequisites.

[43] L'affaire *Hall* concernait un crime particulièrement odieux : le meurtre d'une femme dont le corps portait les marques de 37 entailles. Son assaillant avait essayé de la décapiter. Ce meurtre avait suscité beaucoup d'inquiétude dans la population. L'accusé avait présenté une demande de mise en liberté sous caution, que le juge avait refusée sur le fondement de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*

[44] Notre Cour a qualifié ce crime de « haineux et [d']inexpliqué » : *Hall*, par. 25. Elle a également repris les propos de l'arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), p. 1159, déclarant que : « Plus un crime comme celui-là est inexpliqué et inexplicable, plus inquiétante pour la société s'avère la mise en liberté provisoire » (*Hall*, par. 25). Je précise que, dans l'affaire *Rondeau*, la décision portait sur ce qui était à l'époque le motif secondaire de détention, soit la nécessité de détenir le prévenu pour assurer la sécurité ou la protection du public. L'alinéa 515(10)*c*) *C. cr.* n'était pas encore en vigueur lorsque l'arrêt *Rondeau* a été rendu.

[45] Il convient aussi de citer le passage suivant de l'arrêt *Hall* :

> Dans le cas où, comme en l'espèce, le crime commis est horrible, inexplicable et fortement lié à l'accusé, un système de justice qui ne permet pas d'ordonner la détention de l'accusé risque de perdre la confiance du public qui est à la base du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice. [par. 40]

[46] Je suis d'avis que certains tribunaux ont mal interprété la décision de notre Cour dans l'arrêt *Hall*. D'abord, il importe de replacer les propos de la Cour dans le contexte de l'affaire et de les analyser à la lumière des circonstances bien particulières de celle-ci : le crime était des plus horribles. Il est donc normal que la Cour ait tenu compte de ce fait dans l'application de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Que le crime soit qualifié par la Cour d'horrible, d'odieux, de haineux ou d'inexpliqué ne constitue qu'une constatation, une description des faits que la Cour a considérés dans son analyse de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* On ne saurait y voir des conditions ou des préalables exigés par la Cour.

[47] In my view, the question whether a crime is "unexplainable" or "unexplained" is not a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(*c*). Apart from the fact that the provision itself does not even refer to such a criterion, I consider the concept ambiguous and confusing. What is meant by an "unexplainable" crime? Is it a crime against a random victim? A crime that could be committed only by a person who is not rational? An especially horrific crime?

[48] Moreover, many crimes may be "explainable" in one way or another; for example, it may be that the assailant was provoked by the victim or that he or she had a mental illness or was intoxicated. From this perspective, the "unexplainable" crime criterion is of little assistance.

[49] The application of a criterion based on the notion of an "unexplainable" crime could also lead to undesirable conclusions. Crimes that are truly heinous and horrific might not satisfy it. Such a criterion could therefore give the public the impression that justices are "justifying" certain crimes, that is, crimes that are "explainable". Although this Court used the words "unexplained and unexplainable" in *Hall* in referring to the murder at issue in that case, its decision was based, first and foremost, on the brutal and heinous nature of the crime, the strong evidence tying the accused to the crime and the fact that people in the community were afraid: para. 25. In any event, the drift in the case law since *Hall* and the reasons I have stated demonstrate the need to limit recourse to such a criterion. As much as possible, it would also be wise for justices hearing applications for release to avoid attaching such a label to the circumstances of the alleged crimes that come before them so as not to give the public the impression that they are "justifying" them.

[50] Furthermore, I agree with the appellant that detention may be justified only in rare cases, but that this is simply a consequence of the application

[47] Selon moi, le caractère « inexplicable » ou « inexpliqué » du crime n'est pas un critère qui devrait guider les juges dans leur analyse de l'al. 515(10)*c*). En effet, au-delà du fait que le libellé de cette disposition ne prévoit même pas ce critère, je suis d'avis que cette notion est ambiguë et source de confusion. Qu'entend-on par un crime « inexplicable »? Est-ce un crime visant une victime au hasard? Un crime que seule une personne non dotée de raison pourrait commettre? Un crime particulièrement horrible?

[48] De plus, bon nombre de crimes peuvent être « explicables » d'une façon ou d'une autre, soit par exemple parce que la victime a provoqué son agresseur, parce que l'auteur souffrait d'une maladie mentale ou encore parce que l'auteur était intoxiqué. En ce sens, le critère du crime « inexplicable » est peu utile.

[49] De surcroît, l'utilisation d'un critère fondée sur la notion de crime « inexplicable » pourrait donner lieu à des conclusions peu souhaitables. Des crimes carrément odieux et horribles pourraient en effet ne pas satisfaire à ce critère. Cette notion risque donc de créer dans l'esprit du public l'impression que les juges « justifient » certains crimes, soit ceux qui sont « explicables ». Bien que dans l'arrêt *Hall*, notre Cour ait parlé du meurtre en cause comme étant un meurtre « inexpliqué et inexplicable », sa décision reposait d'abord et avant tout sur le caractère sauvage et odieux du crime, sur la preuve convaincante le reliant à l'accusé et sur le fait que la population était effrayée : par. 25. En tout état de cause, les dérives de la jurisprudence depuis l'arrêt *Hall* ainsi que les raisons que j'ai soulevées montrent qu'il est nécessaire de limiter le recours à un tel critère. Il serait également sage que les juges saisis de demandes de mise en liberté évitent autant que possible d'accoler une telle étiquette aux circonstances des crimes reprochés qui leur sont présentés, et ce, afin d'éviter de créer cette impression de « justification » dans l'esprit du public.

[50] Par ailleurs, je suis d'accord avec l'appelante pour affirmer que la détention pourrait n'être justifiée qu'en de rares occasions, mais qu'il ne

of s. 515(10)(*c*) and not a precondition to its application, a criterion a court must consider in its analysis or the purpose of the provision.

[51] This interpretation is consistent with the following comment made by this Court in *Hall*:

> While the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available. [Emphasis added; para. 31.]

[52] I am of the view that a "rareness" of circumstances criterion would be vague and unmanageable in practice. How would such a criterion be assessed? Should justices consider how many cases have been heard (in their jurisdictions, in Canada, in the last year, etc.) and, at the same time, ensure that cases of detention based on s. 515(10)(*c*) will remain "rare" if they order detention in the cases before them? Should a justice review the cases in which detention has been ordered and determine whether the facts of the case before him or her are the same (or nearly the same) as the facts of those cases? In any event, it seems to me that a "rareness" of circumstances criterion would prompt justices to engage in a comparative exercise and thus to move away from the careful examination of the circumstances of individual cases that the situation requires. In my opinion, a comparative approach such as this could potentially undermine the public's confidence in the administration of justice.

[53] Moreover, the appellant correctly points out that s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* is worded clearly and that it does not require exceptional or rare circumstances. This interpretation is consistent with this Court's recent decision in *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, which concerned the sentencing provisions of s. 719(3) and (3.1) *Cr. C.* Section 719(3) provides that in determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence and may credit a maximum of one day for each day spent in

s'agit là que d'une conséquence de l'application de l'al. 515(10)*c*), et non d'une condition préalable à son application, d'un critère dont doit tenir compte le tribunal dans son analyse ou du but de cette disposition.

[51] Cette interprétation est conforme à l'observation suivante de notre Cour dans l'arrêt *Hall* :

> Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d'invoquer ce motif de refus d'accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu'elles se présentent, il est essentiel de disposer d'un moyen de refuser cette mise en liberté. [Je souligne; par. 31.]

[52] Je suis d'avis que l'utilisation du critère de la « rareté » des circonstances est vague et ingérable en pratique. En effet, comment appliquer un tel critère? Le juge devrait-il se demander combien de causes ont été entendues (devant sa juridiction, au Canada, dans la dernière année, etc.) et, en même temps, s'assurer que s'il ordonne la détention dans l'affaire dont il est saisi, les cas de détention fondés sur l'al. 515(10)*c*) demeureront « rares »? Devrait-il recenser les décisions où la détention a été ordonnée et se demander si les faits de l'affaire devant lui sont identiques (ou presque) à ceux en cause dans ces décisions? En tout état de cause, il me semble que le critère de la « rareté » des circonstances amènerait le juge à se livrer à un exercice de comparaison et, donc, à s'éloigner de l'examen attentif des circonstances propres à chaque espèce que requiert la question. À mon avis, une telle approche comparative risquerait de miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[53] De plus, l'appelante signale à juste titre que le libellé de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* est clair et n'exige pas des circonstances exceptionnelles ou rares. Cette interprétation est conforme à la récente décision de notre Cour dans *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, qui portait sur les par. 719(3) et (3.1) *C. cr.* relatifs à la détermination de la peine. Le paragraphe 719(3) prévoit que pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction, à raison d'un maximum d'un jour

custody. However, s. 719(3.1) specifies that, "if the circumstances justify it", the maximum can be increased to one and one-half days for each day spent in custody. The Court interpreted this provision as follows:

> . . . this provision is free of any language limiting the scope of what may constitute "circumstances". The legislature could easily have provided that only "exceptional circumstances" or "circumstances other than the loss of eligibility for early release and parole" justify enhanced credit.
>
> As Cronk J.A. observed, language limiting the scope of the word "circumstances" is used elsewhere in the *Criminal Code*. For example, reference is made to "exceptional circumstances" or "compelling circumstances" in s. 672.14(3) (fitness assessments last no longer than 30 days, except they may last for 60 if "compelling circumstances" so warrant), s. 672.47(2) (when an accused is found unfit to stand trial, a disposition must be made within 45 days but, in "exceptional circumstances", may be made within 90 days) and s. 742.6(16) (when an offender breaches a conditional sentence order, in "exceptional cases" some of the suspended sentence may be deemed to be time served).
>
> The absence of qualifications on "circumstances" in s. 719(3.1) is telling since Parliament *did* restrict enhanced credit, withholding it from offenders who have been denied bail primarily as a result of a previous conviction (s. 515(9.1)), those who contravened their bail conditions (ss. 524(4)(*a*) and 524(8)(*a*)), and those who committed an indictable offence while on bail (ss. 524(4)(*b*) and 524(8)(*b*)). Parliament clearly turned its attention to the circumstances under which s. 719(3.1) should *not* apply, but did not include any limitations on the scope of "circumstances" justifying its application. [Underlining added.]

(*Summers*, at paras. 37-39)

[54] In conclusion, the application of s. 515(10)(*c*) is not limited to exceptional circumstances, to "unexplainable" crimes or to certain types of crimes such as murder. The Crown can rely on s. 515(10)(*c*)

pour chaque jour passé sous garde. Le paragraphe 719(3.1) précise toutefois que « si les circonstances le justifient », le maximum peut être porté à un jour et demi pour chaque jour passé sous garde. La Cour a interprété ainsi cette disposition :

> . . . le libellé de cette disposition n'est pas limitatif quant aux données qui peuvent constituer des « circonstances ». Il aurait été facile pour le législateur de préciser que seules des « circonstances exceptionnelles » ou d'« autres circonstances que la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle » justifient l'octroi d'un crédit majoré.
>
> La juge Cronk signale que, ailleurs dans le *Code criminel*, le législateur emploie un libellé qui restreint la portée du mot « circonstances ». Par exemple, il renvoie à des « circonstances exceptionnelles » au par. 672.14(3) (une ordonnance d'évaluation de l'aptitude de l'accusé à subir son procès n'est en vigueur que pendant 30 jours, mais elle peut valoir pour une période de 60 jours si des « circonstances exceptionnelles » l'exigent), au par. 672.47(2) (lorsqu'un accusé est jugé inapte à subir son procès, une décision doit être rendue dans les 45 jours, sauf « circonstances exceptionnelles », auquel cas le délai peut être prolongé jusqu'à un maximum de 90 jours) et au par. 742.6(16) (lorsqu'un délinquant enfreint une ordonnance de sursis, une partie de la période de suspension peut, dans les « cas exceptionnels », être réputée valoir comme temps écoulé).
>
> L'absence de délimitation des « circonstances » visées au par. 719(3.1) est révélatrice, car le législateur *limite* l'accès au crédit majoré et le refuse au délinquant qui n'a pas été libéré sous caution principalement à cause d'une condamnation antérieure (par. 515(9.1)), à celui qui a violé les conditions de sa mise en liberté sous caution (al. 524(4)*a*) et 524(8)*a*)) et à celui qui a commis un acte criminel lorsqu'il était en liberté sous caution (al. 524(4)*b*) et 524(8)*b*)). Le législateur a clairement considéré les circonstances dans lesquelles le par. 719(3.1) *ne* devait *pas* s'appliquer, mais il n'a pas limité les « circonstances » qui justifient son application. [Je souligne.]

(*Summers*, par. 37-39)

[54] En conclusion, le recours à l'al. 515(10)*c*) ne se limite pas aux circonstances exceptionnelles, aux crimes « inexplicables » ou encore à certains types de crimes comme le meurtre. Le ministère public

for any type of crime, but it must prove — except in the cases provided for in s. 515(6) — that the detention of the accused is justified to maintain confidence in the administration of justice.

(b) *Circumstances Set Out in Section 515(10)(c) Cr. C.*

[55] Section 515(10)(*c*) expressly refers to four circumstances that must be considered by a justice in determining whether the detention of an accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The justice must assess each of these circumstances — or factors — and consider their combined effect. This is a balancing exercise that will enable the justice to decide whether detention is justified.

[56] It must be kept in mind that, at this stage of criminal proceedings, the accused is still presumed innocent regardless of the gravity of the offence, the strength of the prosecution's case or the possibility of a lengthy term of imprisonment.

(i) Apparent Strength of the Prosecution's Case

[57] An interim release hearing is a summary proceeding in which more flexible rules of evidence apply. As a result, some of the evidence admitted at this hearing may later be excluded at trial. As Justice Trotter notes, it may be difficult to assess the strength of the prosecution's case at such a hearing: "The expeditious and sometimes informal nature of a bail hearing may reflect an unrealistically strong case for the Crown" (p. 3-7).

[58] Despite these difficulties inherent in the release process, the justice must determine the apparent strength of the prosecution's case. On the one hand, the prosecutor is not required to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence, and the justice must be careful

peut l'invoquer pour tout type de crimes, mais il devra faire la preuve — sous réserve des cas prévus au par. 515(6) — que la détention de l'accusé est justifiée afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

b) *Les circonstances énumérées à l'al. 515 (10)c) C. cr.*

[55] L'alinéa 515(10)*c*) mentionne expressément quatre circonstances dont le juge doit tenir compte afin de déterminer si la détention de l'accusé est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Le juge doit apprécier chacune de ces circonstances — ou facteurs — et prendre en considération leur effet conjugué. Il s'agit d'un exercice de pondération qui amènera le juge à décider si la détention est justifiée.

[56] Je signale qu'il faut garder à l'esprit que, à cette étape des procédures criminelles, l'accusé est encore présumé innocent, peu importe la gravité de l'infraction, le caractère probant de la preuve de la poursuite ou la possibilité d'une longue peine d'emprisonnement.

(i) Le fait que l'accusation paraît fondée

[57] L'enquête sur la mise en liberté provisoire est une procédure sommaire où l'application de règles de preuve plus souples est autorisée. Ainsi, certaines preuves admises à l'occasion de cette enquête peuvent être par la suite exclues au procès. Comme le souligne le juge Trotter, il peut être difficile d'évaluer la force du dossier du poursuivant à l'audience relative à la mise en liberté : [TRADUCTION] « La nature expéditive et quelquefois informelle de l'audience relative à la mise en liberté sous caution peut refléter l'existence d'une preuve à charge excessivement forte » (p. 3-7).

[58] Malgré ces difficultés inhérentes au processus de mise en liberté, le juge doit décider si l'accusation paraît fondée. D'une part, le poursuivant n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction. Et le juge doit se garder de jouer le rôle du juge du procès ou

not to play the role of trial judge or jury: matters such as the credibility of witnesses and the reliability of scientific evidence must be analyzed at trial, not at the release hearing. However, the justice who presides at that hearing must consider the quality of the evidence tendered by the prosecutor in order to determine the weight to be given to this factor in his or her balancing exercise. For example, physical evidence may be more reliable than a mere statement made by a witness, and circumstantial evidence may be less reliable than direct evidence. The existence of ample evidence may also reinforce the apparent strength of the case.

[59] On the other hand, the justice must also consider any defence raised by the accused. Rather than raising a defence at the initial hearing, the latter will most likely not do so before the release hearing held upon completion of the preliminary inquiry, and may not even raise one before trial. If the accused does raise a defence, however, this becomes one of the factors the justice must assess, and if there appears to be some basis for the defence, the justice must take this into account in analyzing the apparent strength of the prosecution's case. As the Quebec Court of Appeal noted in a relatively recent decision, [TRANSLATION] "it would be unfair to allow the prosecution to state its case if the justice is not in a position to consider not only the weaknesses of that case, but also the defences it suggests": *R. v. Coates*, 2010 QCCA 919, at para. 19 (CanLII).

(ii) Gravity of the Offence

[60] For the purposes of s. 515(10)(*c*), what the justice must determine is the "objective" gravity of the offence in comparison with the other offences in the *Criminal Code*. This is assessed on the basis of the maximum sentence — and the minimum sentence, if any — provided for in the *Criminal Code* for the offence.

du jury : la crédibilité des témoins, la fiabilité de la preuve scientifique et d'autres questions devront être analysées lors du procès et non à l'audience relative à la mise en liberté. Cela dit, le juge qui préside cette audience doit tenir compte de la qualité de la preuve présentée par le poursuivant afin de déterminer le poids qu'il accordera à ce facteur dans son exercice de pondération. À titre d'exemple, des éléments de preuve matérielle peuvent s'avérer plus fiables que la simple déclaration d'un témoin, et une preuve circonstancielle peut être moins fiable qu'une preuve directe. L'existence de nombreux éléments de preuve peut également avoir pour effet de renforcer l'apparence de fondement de l'accusation.

[59] D'autre part, le juge doit également considérer tout moyen de défense soulevé par l'accusé. Il est probable que cela ne survienne qu'à l'audience relative à la mise en liberté tenue à la fin de l'enquête préliminaire plutôt qu'à l'audience initiale. Il se peut même que l'accusé n'invoque aucun moyen de défense avant le procès. Mais s'il le fait, cela fait partie des éléments que le juge doit évaluer et, si la défense paraît fondée, il doit en tenir compte dans son analyse de l'apparence de fondement de l'accusation. Comme le soulignait la Cour d'appel du Québec dans une décision relativement récente, « il serait en effet injuste de permettre à la poursuite de faire état de la preuve à charge sans que le juge puisse considérer non seulement ses faiblesses, mais aussi les moyens de défense qu'elle laisse [entre]voir » : *R. c. Coates*, 2010 QCCA 919, par. 19 (CanLII).

(ii) La gravité de l'infraction

[60] Pour les besoins de l'al. 515(10)*c*), il s'agit pour le juge de déterminer la gravité « objective » de l'infraction, c'est-à-dire par rapport aux autres infractions du *Code criminel*. Cette gravité s'évalue en fonction de la sentence maximale — et, le cas échéant, de la sentence minimale — prévue par le *Code criminel* à l'égard de l'infraction.

(iii) Circumstances Surrounding the Commission of the Offence, Including Whether a Firearm Was Used

[61] Without drawing up an exhaustive list of possible circumstances surrounding the commission of the offence that might be relevant under s. 515(10)(*c*), I will mention the following: the fact that the offence is a violent, heinous or hateful one, that it was committed in a context involving domestic violence, a criminal gang or a terrorist organization, or that the victim was a vulnerable person (for example, a child, an elderly person or a person with a disability). If the offence was committed by several people, the extent to which the accused participated in it may be relevant. The aggravating or mitigating factors that are considered by courts for sentencing purposes can also be taken into account.

(iv) Fact That the Accused Is Liable for a Potentially Lengthy Term of Imprisonment

[62] The fourth circumstance set out in s. 515(10)(*c*) is "the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more".

[63] Although it is not desirable, for the purposes of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, to establish a strict rule regarding the number of years that constitutes a "lengthy term of imprisonment", some guidance is nonetheless required for the exercise to be undertaken by justices in this regard.

[64] First of all, since I have found that no crime is exempt from the possible application of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, it is self-evident that the words "lengthy term of imprisonment" do not refer only to a life sentence.

(iii) Les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, y compris l'usage d'une arme à feu

[61] Sans dresser une liste exhaustive des circonstances entourant la perpétration de l'infraction qui peuvent être pertinentes pour l'application de l'al. 515(10)*c*), mentionnons les suivantes : le caractère violent, odieux ou haineux de l'infraction, le fait que celle-ci s'inscrive dans un contexte de violence domestique, de gang criminel ou d'organisation terroriste, et le fait qu'elle ait été commise à l'égard d'une personne vulnérable (par exemple, un enfant, une personne âgée ou une personne souffrant d'une déficience). S'il s'agit d'une infraction commise par plusieurs personnes, le degré de participation de l'accusé peut s'avérer pertinent. Les facteurs aggravants ou atténuants dont le tribunal tient compte dans la détermination de la peine peuvent également être considérés.

(iv) Le fait que le prévenu encourt une longue peine d'emprisonnement

[62] La quatrième circonstance énoncée à l'al. 515(10)*c*) est « le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans ».

[63] Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'établir, pour les besoins de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, une règle fixant précisément le nombre d'années qui constitue une « longue peine d'emprisonnement », certaines indications sont toutefois nécessaires afin de baliser l'exercice auquel doivent se livrer à cet égard les juges décideurs.

[64] En premier lieu, comme j'ai conclu qu'aucun crime n'était exempté de l'application possible de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, il coule de source qu'une « longue peine d'emprisonnement » ne s'entend pas seulement des peines d'emprisonnement à perpétuité.

[65] Moreover, to determine, on a case-by-case basis, whether the accused is actually liable for a potentially "lengthy term of imprisonment", the justice must consider all the circumstances of the case known at the time of the hearing, as well as the principles for tailoring the applicable sentence. But this does not mean that the justice would be justified in embarking on a complex exercise to calculate the sentence the accused might receive: it must be borne in mind that interim release occurs at the beginning of the criminal process and that the justice must avoid acting as a substitute for the trial judge. That being said, there will be cases in which a claim of mitigating or aggravating circumstances appears to have sufficient merit for it to be open to the justice to consider it in determining whether the accused is liable for a potentially "lengthy term of imprisonment". As far as possible, therefore, this fourth circumstance is assessed *subjectively*, unlike the second circumstance — the gravity of the offence — which is assessed *objectively*.

[65] De plus, afin de déterminer, au cas par cas, si l'accusé encourt réellement une « longue peine d'emprisonnement », le juge doit tenir compte de toutes les circonstances connues au moment de l'audience et des principes devant moduler la peine applicable. Toutefois, cela ne signifie pas que le juge est justifié de se livrer à un complexe calcul de la peine que l'accusé pourrait recevoir, car, faut-il le rappeler, la mise en liberté provisoire survient au début du processus pénal et le juge doit éviter de se substituer au juge du procès. Cela dit, il arrivera dans certains cas que des circonstances atténuantes ou aggravantes apparaîtront suffisamment fondées pour que le juge puisse les prendre en compte pour déterminer si l'accusé encourt une « longue peine d'emprisonnement ». Dans la mesure du possible, cette quatrième circonstance s'évalue donc de façon *subjective*, contrairement à la deuxième circonstance — la gravité de l'infraction — qui s'évalue quant à elle de manière *objective*.

(c) *The Listed Circumstances Are Not Exhaustive*

c) *Les circonstances énumérées ne sont pas exhaustives*

[66] The appellant, relying on *R. v. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407 (Ont. C.A.), submits that a detention order must be made when the four circumstances set out in s. 515(10)(*c*) weigh in favour of that result, unless there are other "circumstances" that might justify a release order.

[66] Se fondant sur l'arrêt *R. c. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Ont.), l'appelante soutient que, lorsque les quatre circonstances énoncées à l'al. 515(10)*c*) jouent en faveur d'une ordonnance de détention, celle-ci s'impose, à moins que d'autres « circonstances » puissent justifier une ordonnance de mise en liberté.

[67] In my opinion, the appellant is mistaken.

[67] J'estime que l'appelante a tort.

[68] Section 515(10)(*c*) could not be worded more clearly: it refers to "all the circumstances, including . . .". In my opinion, Parliament would have worded this provision differently (although I will not comment on the validity of such a wording) if it had intended a detention order to be automatic where the four listed circumstances weigh in favour of such an order. In fact, Parliament intended the opposite. As the Chief Justice stated in *Hall*, a justice dealing with an application for detention based on s. 515(10)(*c*) must consider all the relevant circumstances, but must *focus particularly on the factors Parliament has specified*: para. 41. The automatic

[68] Le libellé de l'al. 515(10)*c*) ne pourrait être plus clair : il est question de « toutes les circonstances, notamment les suivantes ». Sans me prononcer sur la validité d'un libellé différent, je suis d'avis que, si le législateur avait voulu que l'ordonnance de détention soit automatique lorsque les quatre circonstances énoncées à cet alinéa jouent en faveur d'une telle ordonnance, il aurait rédigé la disposition différemment. Le législateur a plutôt souhaité le contraire. Comme la Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt *Hall*, le juge saisi d'une demande de détention fondée sur l'al. 515(10)*c*) doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, mais il doit

detention argument also seems to be inconsistent with the following statement by the Chief Justice, at para. 41:

> At the end of the day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. [Emphasis added.]

[69] Moreover, the automatic detention argument disregards the fact that the test to be met under s. 515(10)(*c*) is whether the detention of the accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The four listed circumstances are simply the main factors to be balanced by the justice, together with any other relevant factors, in determining whether, in the case before him or her, detention is necessary in order to achieve the purpose of maintaining confidence in the administration of justice in the country. This is the provision's purpose. Although the justice must consider all the circumstances of the case and engage in a balancing exercise, this is the ultimate question the justice must answer, and it must therefore guide him or her in making a determination. The argument that detention must automatically be ordered if the review of the four circumstances favours that result is incompatible with the balancing exercise required by s. 515(10)(*c*) and with the purpose of that exercise.

[70] Finally, it is important not to overlook the fact that, in Canadian law, the release of accused persons is the cardinal rule and detention, the exception: *Morales*, at p. 728. To automatically order detention would be contrary to the "basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise" that is guaranteed in s. 11(*e*) of the *Charter*: *Pearson*, at p. 691. This entitlement rests in turn on the cornerstone of Canadian criminal law, namely the presumption of innocence that is guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*: *Hall*, at para. 13. These fundamental rights require the justice to ensure that interim detention is truly

prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur : par. 41. L'argument de la détention automatique me semble d'ailleurs contraire aux propos de la Juge en chef, au par. 41 :

> En définitive, le juge peut refuser d'accorder la mise en liberté sous caution uniquement s'il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu'un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice. [Je souligne.]

[69] De plus, l'argument de la détention automatique néglige le fait que le test à satisfaire pour les besoins de l'al. 515(10)*c*) est la question de savoir si la détention de l'accusé est nécessaire afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Les quatre circonstances énumérées ne sont que les principaux éléments que le juge doit pondérer en sus de tout autre élément pertinent, afin de déterminer si, dans l'affaire qui l'occupe, la détention est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi : le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice au pays. Telle est la finalité de cet alinéa. Même si le juge doit prendre connaissance de toutes les circonstances de l'affaire et se livrer à un exercice de pondération, c'est cette question ultime que le juge doit trancher, et qui doit donc le guider dans sa décision. Soutenir qu'il y a automatiquement détention si l'examen des quatre circonstances favorise celle-ci est incompatible avec l'exercice de pondération énoncé à l'al. 515(10)*c*) et avec l'objectif ainsi recherché.

[70] Enfin, il ne faut surtout pas oublier qu'en droit canadien, la règle cardinale est la mise en liberté de l'accusé et la détention, l'exception : *Morales*, p. 728. Le fait d'ordonner automatiquement la détention irait à l'encontre du « droit fondamental à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable sauf s'il existe une juste cause justifiant le refus de l'accorder », garanti par l'al. 11*e*) de la *Charte* : *Pearson*, p. 691. À son tour, ce droit repose sur la pierre angulaire du droit pénal canadien, soit la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte* : *Hall*, par. 13. Ces droits fondamentaux exigent que le juge s'assure que la détention

justified having regard to all the relevant circumstances of the case.

[71] Although I will not set out an exhaustive list of the circumstances relevant to the analysis required by s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, I think it will be helpful to give a few examples. Section 515(10)(*c*)(iii) refers to the "circumstances surrounding the commission of the offence". I would add that the personal circumstances of the accused (age, criminal record, physical or mental condition, membership in a criminal organization, etc.) may also be relevant. The justice might also consider the status of the victim and the impact on society of a crime committed against that person. In some cases, he or she might also take account of the fact that the trial of the accused will be held at a much later date.

(d) *Meaning of "Public"*

[72] I should point out that although the French version of s. 515(10)(*c*) refers to "*la confiance du public*" (public confidence) — "*sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes . . .*" — the word "public" does not actually appear in the provision's English version. However, this Court has confirmed that detention under this provision is based on the need to maintain *public* confidence in the administration of justice: *Hall*, at para. 41. This means that the justice's balancing of all the circumstances under s. 515(10)(*c*) must always be guided by the perspective of the "public".

[73] In *Mordue*, the Ontario Court of Appeal provided an interesting analysis of the relationship between "public confidence" for the purposes of s. 515(10)(*c*) and the "safety of the public" factor set out in s. 515(10)(*b*):

Public fear and concern about safety, while relevant, are not the exclusive considerations in assessing the public's confidence in the administration of justice. The

provisoire est réellement justifiée, eu égard à toutes les circonstances pertinentes de l'affaire.

[71] Sans énoncer ici une liste exhaustive des circonstances qui sont pertinentes dans l'analyse requise par l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, je crois utile d'en mentionner quelques exemples. Le sous-alinéa 515(10)*c*)(iii) évoque les « circonstances entourant [la] perpétration [de l'infraction] ». J'ajouterai que les circonstances propres à l'accusé peuvent également être pertinentes (son âge, ses antécédents criminels, sa condition physique ou mentale, son appartenance à une organisation criminelle, etc.). De même, le juge pourra considérer le statut de la victime et l'impact sur la société d'un crime commis contre cette personne. Dans certains cas, le juge pourrait aussi tenir compte du fait que le procès de l'accusé aura lieu à une date très éloignée.

d) *La notion de « public »*

[72] Il convient de souligner que bien que la version française de l'al. 515(10)*c*) évoque la notion de « confiance du public », le mot « public » ne figure pas dans la version anglaise de l'al. 515(10)*c*) : « *if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including . . .* ». Cependant, notre Cour a confirmé que le motif de détention de cet alinéa est la nécessité de ne pas miner la confiance du *public* envers l'administration de la justice : *Hall*, par. 41. En conséquence, l'exercice de pondération de toutes les circonstances auquel doit se livrer le juge en application de l'al. 515(10)*c*) doit être en tout temps guidé par le point de vue du « public ».

[73] Dans l'arrêt *Mordue*, la Cour d'appel de l'Ontario a fait une analyse intéressante du lien entre la notion de « confiance du public » à l'al. 515(10)*c*) et celle de « sécurité du public » mentionnée à l'al. 515(10)*b*) :

[TRADUCTION] Bien que pertinentes, les craintes et les inquiétudes du public à l'égard de sa sécurité ne sont pas les seules considérations applicables pour apprécier la

effect of the accused's release on confidence in the administration of justice must be considered more broadly.

Limiting the analysis of confidence in the administration of justice to the public's safety concerns results in the tertiary ground amounting to little more than a recapitulation of the secondary ground. . . .

Here, the bail judge placed decisive weight on the quality of the respondent's bail arrangements. By doing so, he erred by not considering whether the tertiary ground established a separate and distinct basis for denying bail. Having quite appropriately considered the level of public concern about safety in this case, the bail judge erred by not going on to consider the effect the release of the respondent would have more broadly on the public confidence in the administration of justice. [Emphasis added; paras. 23-25.]

[74] In *Hall*, this Court explained that the "public" in question consists of reasonable members of the community who are properly informed about "the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case": para. 41, quoting *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at para. 18.

[75] In a pre-*Hall* decision concerning the "public interest" ground formerly provided for in s. 515(10)(*b*) *Cr. C.*, the Quebec Court of Appeal stated the following:

[TRANSLATION] With respect to the perception of the public, as we know, a large part of the Canadian public often adopts a negative and even emotional attitude towards criminals or [potential] criminals. The public wants to see itself protected, see criminals in prison and see them punished severely. To get rid of a criminal is to get rid of crime. It [unjustifiably] perceives the judicial system . . . and the administration of justice in general as too indulgent, too soft, too good to the criminal. This perception, almost visceral in respect of crime, is surely not the perception which a judge must have in deciding the issue of interim release. If this were the case, persons charged with certain types of

confiance du public envers l'administration de la justice. L'effet de la libération de l'accusé sur la confiance du public envers l'administration de la justice doit être examiné plus largement.

Le fait de limiter l'analyse de la question de la confiance envers l'administration de la justice aux inquiétudes du public relativement à sa sécurité a pour résultat que le troisième motif ne constitue guère plus qu'une répétition du deuxième motif. . .

En l'espèce, le juge saisi de la demande de cautionnement a accordé un poids décisif à la qualité des arrangements relatifs à la mise en liberté sous caution de l'intimé. Ce faisant, il a commis une erreur en omettant de se demander si le troisième motif ne constituait pas une raison distincte de refuser la libération sous caution. Après avoir considéré comme il se doit le degré d'inquiétude du public sur le plan de la sécurité, le juge saisi de la demande de cautionnement a fait erreur en ne poursuivant pas son analyse afin de se demander quel effet la mise en liberté de l'intimé aurait, de façon plus large, sur la confiance du public envers l'administration de la justice. [Je souligne; par. 23-25.]

[74] Dans l'arrêt *Hall*, notre Cour a précisé que la notion de « public » s'entend d'un membre raisonnable de la collectivité bien informé « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire » : par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), par. 18.

[75] Dans une décision rendue avant l'arrêt *Hall* et portant sur l'ancien motif fondé sur l'« intérêt public » prévu à l'al. 515(10)*b*) *C. cr.*, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée ainsi :

S'agissant tout d'abord de la perception du public, comme on le sait, face aux criminels ou aux criminels en puissance, une large partie du public canadien adopte souvent une attitude négative et parfois passionnée. Elle veut se voir protég[ée], voir les criminels en prison et les voir châti[és] durement. Se débarrasser du criminel, c'est se débarrasser du crime. Elle perçoit alors indûment le système judiciaire et celui de l'administration de la justice en général comme trop indulgent, trop mou, trop bon pour le criminel. Cette perception, presque viscérale, face au crime n'est sûrement pas celle sur laquelle le juge doit se fonder pour décider de la remise en liberté.

offences would never be released because the perception of the public is negative with respect to the type of crime committed, while others, on the contrary, would almost automatically be released where the public's perception is neutral or more indulgent. . . . Therefore, the perception of the public must be situated at another level, that of a public reasonably informed about our system of criminal law and capable of judging and perceiving without emotion that the application of the presumption of innocence, even with respect to interim release, has the effect that people, who may later be found guilty of even serious crimes, will be released for the period between the time of their arrest and the time of their trial. In other words, the criterion of the public perception must not be that of the lowest common denominator. [Emphasis added.]

(*R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530, at p. 541)

[76] In my opinion, these comments are still relevant.

[77] Although the "public interest" ground was subsequently held to be unconstitutional, these passages remain helpful in underscoring the fact that the word "public" used in the context of the new s. 515(10)(*c*) does not mean Canadians who tend to react impulsively. This being said, although it is true that the public in question consists of reasonable, well-informed persons, and not overly emotional members of the community, it seems to me that some of the decisions have rendered the word "public" meaningless in this context. Parliament made an express choice by using the word "*public*" in the French version of s. 515(10)(*c*) in requiring that the courts take confidence in the administration of justice into account in deciding whether an accused should be detained pending trial. It referred not to legal experts or judges, but to the "public". Meaning must therefore be given to this legislative choice. Public confidence cannot be equated with the confidence of legal experts in the administration of justice. The Canadian public — even its most knowledgeable members — cannot be expected to have the same level of legal knowledge as judges or lawyers. That would distort the meaning of the word

Dans cette hypothèse, en effet, les personnes accusées de certains types d'infraction ne seraient jamais remises en liberté parce que la perception du public est négative à l'égard du type de crime commis, alors que d'autres, au contraire, seraient presque automatiquement libérées vu la perception plus neutre ou plus indulgente du public. [. . .] C'est donc à un autre niveau qu'il faut se placer, soit celui d'un public raisonnablement informé de notre système de droit pénal et capable de juger et de percevoir sans passion que l'application de la présomption d'innocence, même au niveau de la liberté provisoire, a pour effet qu'effectivement des gens qui, plus tard, seront trouvés coupables, même de crimes sérieux, auront cependant retrouvé leur liberté entre le moment de leur arrestation et celui de leur procès. En d'autres termes, le critère de la perception du public ne doit pas s'exercer à partir du plus petit commun dénominateur. [Je souligne.]

(*R. c. Lamothe*, [1990] R.J.Q. 973, p. 981)

[76] Je suis d'avis que ces enseignements sont toujours pertinents.

[77] Même si le motif fondé sur l'« intérêt public » a depuis été jugé inconstitutionnel, ces passages sont utiles pour rappeler que la notion de « public » visée au nouvel al. 515(10)*c*) ne s'entend pas du justiciable canadien trop prompt à réagir de façon émotive. Cela dit, s'il est vrai que le public dont il est question à l'al. 515(10)*c*) n'est pas un membre trop émotif de la collectivité, mais plutôt une personne raisonnable et bien informée, certaines décisions me semblent avoir vidé de tout son sens cette notion de « public ». Le législateur a fait un choix exprès en demandant aux tribunaux de tenir compte de la confiance du « public » envers l'administration de la justice lorsqu'ils décident si un accusé devrait être détenu en attendant son procès. Il n'a pas fait mention d'un juriste ou d'un juge, mais bien du « public ». Il faut donc donner un sens à ce choix législatif. En conséquence, la confiance du public ne saurait être assimilée à la confiance des juristes envers l'administration de la justice. On ne peut attendre de la population canadienne — même de ses membres les mieux informés — le même niveau de connaissances juridiques qu'un juge ou un avocat. Ce serait là dénaturer la

"public". It would also disregard the purpose of this provision, which is to maintain public confidence in the administration of justice.

[78] I note that this position is similar to the one taken by this Court concerning s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* if "the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J., writing for the majority, put the relevant question in figurative terms: "Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" (p. 282, quoting Y.-M. Morissette, "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538). Lamer J. stated that "[t]he reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable": *Collins*, at p. 282. He explained that the reasonable person test "serves as a reminder to each individual judge that his discretion is grounded in community values, and, in particular, long term community values. He should not render a decision that would be unacceptable to the community when that community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events": *ibid.*, at pp. 282-83; see also *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 142.

[79] Thus, a reasonable member of the public is familiar with the basics of the rule of law in our country and with the fundamental values of our criminal law, including those that are protected by the *Charter*. Such a person is undoubtedly aware of the importance of the presumption of innocence and the right to liberty in our society and knows that these are fundamental rights guaranteed by our Constitution. He or she also expects that someone charged with a crime will be tried within a reasonable period of time, and is aware of the adage that "justice

notion de « public ». Ce serait également faire abstraction de l'objectif de cette disposition, qui consiste à assurer le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice.

[78] Je souligne que cette position est similaire à celle adoptée par notre Cour au sujet du par. 24(2) de la *Charte*, qui prévoit l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de celle-ci lorsque « leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, s'exprimant au nom de la majorité, le juge Lamer a utilisé la formule imagée suivante pour énoncer la question pertinente : « L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire? » (p. 282, citant Y.-M. Morissette, « The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* : What To Do and What Not To Do » (1984), 29 *R.D. McGill* 521, p. 538). Le juge Lamer a précisé que « [l]a personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable » : *Collins*, p. 282. Il a expliqué que le critère de la personne raisonnable « sert à rappeler à chaque juge que son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme. Il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tiraillée par des événements présents » : *ibid.*, p. 283; voir aussi *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 142.

[79] Ce membre raisonnable du public connaît donc les rudiments de notre État de droit et il est sensible à nos valeurs fondamentales en droit pénal, dont celles protégées par la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu'il est au fait de l'importance de la présomption d'innocence et du droit à la liberté dans notre société. Il sait qu'il s'agit là de droits fondamentaux, garantis par notre Constitution. Cette personne s'attend aussi à ce que les personnes accusées d'un crime subissent leur procès dans un délai raisonnable, et elle connaît l'adage selon lequel [TRADUCTION] « justice retardée

delayed is justice denied": *R. v. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277, at para. 15. Finally, a reasonable member of the public knows that a criminal offence requires proof of culpable intent (*mens rea*) and that the purpose of certain defences is to show the absence of such intent. A well-known example of this type of defence is the mental disorder defence. The person contemplated by s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* therefore understands that such a defence, once established, will enable an accused to avoid criminal responsibility. However, it would be going too far to expect the person in question to master all the subtleties of complex defences, especially where there is overwhelming evidence of the crime, the circumstances of the crime are heinous and the accused admits committing it.

[80] In short, the person in question in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* is a thoughtful person, not one who is prone to emotional reactions, whose knowledge of the circumstances of a case is inaccurate or who disagrees with our society's fundamental values. But he or she is not a legal expert familiar with all the basic principles of the criminal justice system, the elements of criminal offences or the subtleties of criminal intent and of the defences that are available to accused persons.

[81] It is of course not easy for judges to strike an appropriate balance between the unrealistic expectations they might have for the public on the one hand, and the need to refuse to yield to public reactions driven solely by emotion on the other. This exercise may be particularly difficult in this era characterized by the multiplication and diversification of information sources, access to 24-hour news reports and the advent of social media.

[82] Canadians may in fact think they are very well informed, but that is unfortunately not always the case. Moreover, people can also make their reactions known much more quickly, more effectively and on a wider scale than in the past, in particular through the social media mentioned above, which are conducive to chain reactions. The courts must therefore be careful not to yield to purely emotional public reactions or reactions that may be based on

équivaut à justice déniée » : *R. c. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277, par. 15. Enfin, elle sait que les infractions criminelles requièrent la preuve d'une intention coupable (*mens rea*) et que certaines défenses tendent à démontrer l'absence de cette intention. Un exemple bien connu de ce type de défense est celle relative aux troubles mentaux. La personne envisagée à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* comprend donc que, une fois établie, cette défense permet à l'accusé d'échapper à sa responsabilité criminelle. Cela dit, il serait exagéré de s'attendre à ce qu'elle maîtrise toutes les subtilités de moyens de défense complexes, particulièrement lorsque la preuve de l'acte criminel est accablante, que les circonstances du crime sont odieuses et que l'accusé reconnaît l'avoir commis.

[80] Bref, la personne visée à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* est donc une personne réfléchie et non une personne aux réactions émotives, mal informée sur les circonstances d'une affaire ou en désaccord avec les valeurs fondamentales de notre société. Mais cette personne n'est pas un juriste qui connaît tous les rudiments du système de justice criminelle, les éléments constitutifs des infractions criminelles ou les subtilités de l'intention criminelle et des défenses disponibles aux accusés.

[81] Je conçois qu'il n'est certes pas facile pour les juges de trouver le juste équilibre entre, d'une part, leurs attentes peut-être démesurées envers le public, et d'autre part, la nécessité de refuser de céder aux réactions populaires mues uniquement par la passion. Cet exercice peut s'avérer particulièrement délicat en cette ère caractérisée par la multiplication et la diversification des sources d'information, l'accès à des bulletins d'information en continu et le phénomène des médias sociaux.

[82] En effet, il est possible que la population canadienne croie qu'elle est très bien informée, mais ce n'est malheureusement pas toujours le cas. En outre, la population est également en mesure de faire connaître ses réactions beaucoup plus rapidement, efficacement et largement que par le passé, notamment par l'entremise des médias sociaux évoqués plus haut, lesquels sont propices à des réactions en chaîne. Pour cette raison, les tribunaux doivent se

inadequate knowledge of the real circumstances of a case.

[83] However, the courts must also be sensitive to the perceptions of people who are reasonable and well informed. This enables the courts to act both as watchdogs against mob justice and as guardians of public confidence in our justice system. It would therefore be dangerous, inappropriate and wrong for judges to base their decisions on media reports that are in no way representative of a well-informed public. Indeed, the Quebec Court of Appeal recognized this risk in its recent decision in *R. v. Turcotte*, 2014 QCCA 2190:

> [TRANSLATION] The press clippings show how risky it is to rely on this mode of proof. They contain several different opinions that vary in the degree to which they are balanced, objective, moderate or superficial. Many of them contain inaccurate facts or do not mention the essential facts. Most of them say nothing about the legal principles that must be applied in making release decisions. Certain opinions stir up anger and distort the debate. Few accurately report the facts and correctly state the applicable principles. On the whole, it must be acknowledged that they do not satisfy the reasonable person test defined in the case law. [para. 68 (CanLII)]

[84] Having said this, I wish to point out that this does not mean the courts must automatically disregard evidence that comes from the news media. It must be recognized that the media are part of life in society and that they reflect the opinions of certain segments of the Canadian public. In *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475, this Court noted: "The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being." Such opinion evidence can therefore be considered by the courts when it is

garder de céder aux réactions purement émotives de la population ou susceptibles d'être fondées sur une connaissance inappropriée des véritables circonstances de l'affaire.

[83] Cependant, les tribunaux doivent aussi être sensibles aux perceptions de la personne raisonnable et bien informée. Ce faisant, ils agissent à la fois comme vigiles à l'égard des mouvements de vindicte populaire et comme gardiens de la confiance du public envers notre système de justice. Il serait en conséquence dangereux, inapproprié et erroné pour un juge de fonder sa décision sur des reportages médiatiques qui ne seraient nullement représentatifs d'un public bien informé. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs reconnu ce danger dans sa récente décision dans l'affaire *R. c. Turcotte*, 2014 QCCA 2190 :

> La lecture des coupures de presse montre à quel point il est dangereux de recourir à ce mode de preuve. On y retrouve des opinions diverses, plus ou moins nuancées, plus ou moins objectives, plus ou moins mesurées, plus ou moins superficielles. Plusieurs exposent des faits inexacts ou ne rapportent pas ceux qui sont essentiels. La plupart taisent les principes juridiques essentiels à la prise de décision en matière de mise en liberté. Certaines opinions attisent la colère et dénaturent le débat. Peu rapportent fidèlement les faits et rappellent correctement les principes applicables. Globalement, il faut convenir qu'elles ne satisfont pas au critère de la personne raisonnable définie par la jurisprudence. [par. 68 (CanLII)]

[84] Cela dit, je tiens à préciser que cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux doivent automatiquement occulter la preuve qui émane des médias d'information. Il faut reconnaître que les médias participent à la vie en société et reflètent l'opinion de certains segments de la population canadienne. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475, notre Cour soulignait : « Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. »

admissible and relevant. This will be the case where it corresponds to the opinion of the reasonable person I described above.

[85] I should mention, however, that since *Turcotte* has not been brought before this Court, it would be inappropriate for me to speak to the correctness of the Court of Appeal's conclusion with respect to release in that case. I will simply observe that the soundness of that conclusion must be assessed in light of the principles I have already outlined.

[86] In short, there is not just one way to undermine public confidence in the administration of justice. It may be undermined not only if a justice declines to order the interim detention of an accused in circumstances that justify detention, but also if a justice orders detention where such a result is not justified.

(4) Conclusion on the Application of Section 515(10)(*c*) *Cr. C.*

[87] I would summarize the essential principles that must guide justices in applying s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* as follows:

- Section 515(10)(*c*) *Cr. C.* does not create a residual ground for detention that applies only where the first two grounds for detention ((*a*) and (*b*)) are not satisfied. It is a distinct ground that itself provides a basis for ordering the pretrial detention of an accused.

- Section 515(10)(*c*) *Cr. C.* must not be interpreted narrowly (or applied sparingly) and should not be applied only in rare cases or exceptional circumstances or only to certain types of crimes.

- The four circumstances listed in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* are not exhaustive.

- A court must not order detention automatically even where the four listed circumstances support such a result.

Ainsi, lorsqu'elle est admissible et pertinente, cette preuve d'opinion peut être considérée par les tribunaux. Ce sera le cas lorsqu'elle correspondra à celle de la personne raisonnable, telle que je l'ai décrite.

[85] Je souligne par ailleurs que, comme l'affaire *Turcotte* n'a jamais été portée devant notre Cour, il ne conviendrait pas que je me prononce sur le bienfondé de la conclusion de la Cour d'appel sur la mise en liberté dans cette affaire. Je me contenterai de signaler que la justesse de cette conclusion doit être appréciée à l'aune des principes que j'ai déjà énoncés.

[86] Somme toute, la confiance du public envers l'administration de la justice n'est pas tributaire d'une seule avenue. Cette confiance peut être minée tout autant lorsque le juge refuse d'ordonner la détention provisoire d'un accusé dans des circonstances qui le justifient, que lorsqu'il l'ordonne alors qu'elle est injustifiée.

(4) Conclusion sur l'application de l'al. 515 (10)*c*) *C. cr.*

[87] Je résumerais ainsi les principes essentiels qui doivent guider le juge dans l'application de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* :

- L'alinéa 515(10)*c*) *C. cr.* ne prévoit pas un motif résiduel de détention, applicable seulement lorsque les deux premiers motifs de détention (al. *a*) et *b*)) ne sont pas satisfaits. Il s'agit d'un motif distinct permettant à lui seul d'ordonner la détention avant procès d'un accusé.

- L'alinéa 515(10)*c*) *C. cr.* ne doit pas être interprété restrictivement (ou appliqué avec parcimonie), ni s'appliquer que dans de rares cas ou circonstances exceptionnelles, ou pour certains types de crime seulement.

- Les quatre circonstances énumérées à l'al. 515 (10)*c*) *C. cr.* ne sont pas exhaustives.

- Le tribunal ne doit pas automatiquement ordonner la détention même si les quatre circonstances énumérées favorisent ce résultat.

- The court must instead consider all the circumstances of each case, paying particular attention to the four listed circumstances.

- The question whether a crime is "unexplainable" or "unexplained" is not a criterion that should guide the analysis.

- No single circumstance is determinative. The justice must consider the combined effect of all the circumstances of each case to determine whether detention is justified.

- This involves balancing all the relevant circumstances. At the end of this balancing exercise, the ultimate question to be asked by the court is whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. This is the test to be met under s. 515(10)(*c*).

- To answer this question, the court must adopt the perspective of the "public", that is, the perspective of a reasonable person who is properly informed about the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case. However, this person is not a legal expert and is not able to appreciate the subtleties of the various defences that are available to the accused.

- This reasonable person's confidence in the administration of justice may be undermined not only if a court declines to order detention where detention is justified having regard to the circumstances of the case, but also if it orders detention where detention is not justified.

[88] In conclusion, if the crime is serious or very violent, if there is overwhelming evidence against the accused and if the victim or victims were vulnerable, pre-trial detention will usually be ordered.

[89] Having completed the interpretation of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, I will now consider the power

- Le tribunal doit plutôt tenir compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d'espèce, en prêtant une attention particulière aux quatre circonstances énumérées.

- Le caractère « inexplicable » ou « inexpliqué » du crime n'est pas un critère devant guider l'analyse.

- Aucune circonstance n'est déterminante en soi. Le juge doit considérer les effets combinés de toutes les circonstances de chaque affaire qui lui permettront de déterminer si la détention est justifiée.

- Il s'agit d'un exercice de pondération de toutes les circonstances pertinentes, au terme duquel le tribunal doit ultimement se poser la question suivante : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice? Tel est le test à satisfaire sous l'al. 515(10)*c*).

- Pour répondre à cette question, le tribunal doit adopter le point de vue du « public », c'est-à-dire celui d'une personne raisonnable, bien informée de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire. Cette personne n'est toutefois pas un juriste et n'est pas en mesure d'apprécier les subtilités des différentes défenses qui s'offrent à l'accusé.

- La confiance de cette personne raisonnable envers l'administration de la justice peut être minée tout autant si le tribunal refuse d'ordonner une détention justifiée compte tenu des circonstances de l'espèce, que lorsqu'il l'ordonne alors qu'elle est injustifiée.

[88] En conclusion, en présence d'un crime grave ou très violent, lorsque la preuve contre l'accusé est accablante, et que la ou les victimes sont vulnérables, la détention préventive sera habituellement ordonnée.

[89] Maintenant que j'ai interprété l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, je vais examiner le pouvoir de révision dont

of review of superior court judges, which enables them to vary release or detention orders made under s. 515(10)(*a*), (*b*) or (*c*) *Cr. C.*

B. *Availability of a Review Under Sections 520 and 521 Cr. C.*

[90] Section 520 *Cr. C.* gives an *accused* the right to apply to a judge for a review of an interim detention order made against him or her by a justice. Similarly, s. 521 *Cr. C.* enables the *prosecutor* to apply to a judge for a review of a release order made in relation to an accused. Sections 520 and 521 are worded similarly. In both cases, the application may be made "at any time before the trial": ss. 520(1) and 521(1) *Cr. C.* It should be noted that these sections are limited to the review of orders made in connection with offences other than the ones referred to in s. 469 *Cr. C.*

[91] This is the first time this Court has considered the scope of ss. 520 and 521 *Cr. C.* Not all lower courts in Canada are agreed on the nature of this review process. Some consider it an appeal, which means that only an error of law or principle will provide a basis for a "review". Others take the view that they have full discretion to vary the initial order even in the absence of an error. This approach is sometimes described as a "*de novo*" hearing, although, as Justice Trotter points out, a true *de novo* hearing is conducted as if there were no previous proceedings: p. 8-13. Finally, other courts treat the review under ss. 520 and 521 *Cr. C.* as a hybrid remedy. In their view, the section authorizes the accused and the prosecutor to present new evidence to show a change in circumstances, and to raise an error of law or principle by the justice to justify a review of the initial order.

[92] For the reasons that follow, I am of the opinion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not confer an open-ended discretion on the reviewing judge to

dispose un juge d'une cour supérieure pour modifier l'ordonnance de mise en liberté ou de détention, qu'elle soit rendue en application de l'al. 515(10)*a*), *b*) ou *c*) *C. cr.*

B. *Les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 C. cr.*

[90] L'article 520 *C. cr.* accorde au *prévenu* le droit de demander à un juge de réviser une ordonnance de détention provisoire rendue contre lui par un juge de paix. De même, l'art. 521 *C. cr.* permet au *poursuivant* de demander à un juge de réviser une ordonnance de mise en liberté rendue à l'égard d'un prévenu. Le libellé des art. 520 et 521 est similaire. Dans les deux cas, la demande peut être faite « en tout temps avant [le] procès » : par. 520(1) et 521(1) *C. cr.* Notons que ces articles ne concernent que les révisions d'ordonnances rendues dans le cadre d'infractions autres que celles mentionnées à l'art. 469 *C. cr.*

[91] Il s'agit de la première occasion qu'a notre Cour de se pencher sur la portée des art. 520 et 521 *C. cr.* Les tribunaux inférieurs canadiens ne s'entendent pas tous sur la nature de ce processus de révision. Certains considèrent qu'il s'agit d'un appel et donc que seule une erreur de droit ou de principe donnerait ouverture à la « révision ». D'autres sont plutôt d'avis qu'ils disposent de toute la discrétion voulue pour modifier l'ordonnance initiale, et ce, même en l'absence d'erreur. Cette approche est parfois qualifiée d'audience « *de novo* » bien que, comme le souligne le juge Trotter, une véritable audience *de novo* se déroule comme s'il n'y avait pas eu de procédures antérieures : p. 8-13. Enfin, d'autres tribunaux traitent le recours prévu aux art. 520 et 521 *C. cr.* comme un recours de nature hybride. Selon eux, il autorise l'accusé et le poursuivant à soumettre une preuve nouvelle pour démontrer un changement de circonstances et à soulever une erreur de droit ou de principe du premier juge pour justifier la révision de l'ordonnance initiale.

[92] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que les art. 520 et 521 *C. cr.* ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir discrétionnaire illimité

vary the initial decision concerning the detention or release of the accused. Nonetheless, they establish a hybrid remedy and therefore provide greater scope than an appeal for varying the initial order.

(1) Wording of Sections 520 and 521 *Cr. C.*

[93] The provisions — ss. 520(1) and (7) and 521(1) and (8) — that establish the power of review read as follows:

520. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(2), (5), (6), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(*b*), the accused may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

. . .

(7) . . .

and [the judge] shall either

(*d*) dismiss the application, or

(*e*) if the accused shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers is warranted.

. . .

521. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(1), (2), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(*b*), the prosecutor may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

. . .

(8) . . .

and [the justice] shall either

(*d*) dismiss the application, or

pour modifier la décision initiale relative à détention ou à la mise en liberté de l'accusé. Toutefois, ces dispositions établissent un recours de nature hybride et, partant, les possibilités de modification de l'ordonnance initiale par rapport à un appel, s'en trouvent accrues.

(1) Le langage des art. 520 et 521 *C. cr.*

[93] Les dispositions conférant le pouvoir de révision, les par. 520(1) et (7) et 521(1) et (8), sont rédigées ainsi :

520. (1) Le prévenu peut, en tout temps avant son procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(2), (5), (6), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)*b*).

. . .

(7) . . .

et [le juge] doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le prévenu fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

. . .

521. (1) Le poursuivant peut, en tout temps avant le procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(1), (2), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)*b*).

. . .

(8) . . .

et [le juge] doit :

d) soit rejeter la demande;

(*e*) if the prosecutor shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers to be warranted.

. . .

[94] It should be mentioned that ss. 520 and 521 do not provide for a *de novo* hearing, whereas Parliament expressly provided for such a hearing in the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 33(1), where an application for release is made to a youth justice court and that court has not ruled on the initial application. If Parliament had intended for reviewing judges to conduct a true *de novo* hearing, it would have specified this in the legislation. As well, ss. 520(7) and 521(8) provide that the review is conducted on the basis of the transcript and exhibits from the initial proceedings, although some new evidence is admissible. I will return to this point below. For the moment, it is enough to say that these factors confirm my conclusion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not establish a *de novo* proceeding.

[95] Moreover, even though the power of review may seem broad at first glance, ss. 520 and 521 *Cr. C.* expressly limit its exercise in favour of the accused or the prosecutor, as the case may be, to cases in which cause is shown. It should be borne in mind that, in the old *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, Parliament used the word "discretion" in referring to the reviewing court's power over the transfer of young accused persons to ordinary court: s. 16(9) and (10). This Court found that the use of that word conferred a broad power of review on the reviewing court and authorized that court to make an independent evaluation and to arrive at an independent conclusion on the same facts: *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446. But Parliament did not choose to use the same wording in ss. 520 and 521 *Cr. C.*

e) soit, si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

. . .

[94] Il convient de souligner que les art. 520 et 521 n'envisagent pas d'audience *de novo*, alors que le législateur a expressément prévu une telle audience dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, par. 33(1), lorsqu'une demande de mise en liberté est présentée à un tribunal pour adolescent, si celui-ci n'a pas rendu la décision sur la demande initiale. Si le législateur avait voulu que le juge réviseur tienne une véritable audience *de novo*, il l'aurait précisé dans le texte de la loi. De plus, les par. 520(7) et 521(8) prévoient que la révision s'effectue sur la base de la transcription et des pièces des procédures initiales, bien qu'une certaine nouvelle preuve soit admissible. Je reviendrai plus tard sur ce point. Pour l'instant, il suffit de mentionner que ces facteurs confirment ma conclusion selon laquelle les art. 520 et 521 *C. cr.* n'établissent pas une procédure *de novo*.

[95] Par ailleurs, même si le pouvoir de révision peut sembler large à première vue, le texte des art. 520 et 521 *C. cr.* limite son application en faveur du prévenu ou du poursuivant, selon le cas, aux seuls cas où ceux-ci font la démonstration de motifs justificatifs. Rappelons que, dans l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, le législateur avait expressément mentionné le pouvoir « discrétionnaire » du tribunal réviseur en matière de renvoi d'un accusé adolescent vers le tribunal compétent : par. 16(9) et (10). Notre Cour a considéré que ce libellé conférait un grand pouvoir de révision, qui autorisait le tribunal à procéder à une évaluation indépendante et à tirer une conclusion distincte à partir des mêmes faits : *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446. Le législateur n'a pas fait ce même choix lors de la rédaction des art. 520 et 521 *C. cr.*

[96] The wording of ss. 520 and 521 *Cr. C.* therefore seems to preclude an interpretation to the effect that the reviewing judge has an open-ended discretion. It remains to be seen whether this conclusion can be confirmed through a comparison with other similar provisions, having regard to the nature of the initial release decision.

(2) Difference Between the Wording of Sections 520 and 521 *Cr. C.* and That of Other Review Provisions

[97] The appellant argues that the difference between the wording of ss. 520(7)(*e*) and 521(8)(*e*) *Cr. C.*, which provide that a reviewing judge may vary the initial decision "if the accused [or the prosecutor, as the case may be,] shows cause", and that of s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, which contain no such words, favours a standard of review requiring greater deference to the initial release decision.

[98] Section 680 *Cr. C.* deals, *inter alia*, with the review of release decisions in the context of the offences listed in s. 469 *Cr. C.* Section 680(1) *Cr. C.* reads as follows:

680. (1) A decision made by a judge under section 522 or subsection 524(4) or (5) or a decision made by a judge of the court of appeal under section 261 or 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

(*a*) vary the decision; or

(*b*) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[99] The appellant concedes that the case law on the nature and availability of a review under s. 680 *Cr. C.* is not consistent. This has even been recognized by certain provincial courts of appeal: *R. v. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. v. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. v. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; see also Trotter, at p. 8-23; T. Quigley, *Procedure in*

[96] Le texte des art. 520 et 521 *C. cr.* semble donc exclure une interprétation reconnaissant un pouvoir discrétionnaire illimité au juge réviseur. Il reste à voir si cette constatation peut être confirmée au terme d'une comparaison avec d'autres dispositions similaires et compte tenu de la nature de la décision initiale sur la mise en liberté.

(2) La différence entre le libellé des art. 520 et 521 *C. cr.* et celui d'autres dispositions en matière de révision

[97] L'appelante soutient que la différence entre le libellé des al. 520(7)*e*) et 521(8)*e*) *C. cr.*, qui énoncent que le juge en révision peut modifier la décision initiale « si le prévenu [ou le poursuivant, selon le cas] fait valoir des motifs justifiant de le faire », et celui des par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, qui ne comportent pas pareille mention, milite en faveur d'une norme de contrôle requérant une plus grande déférence envers la décision initiale sur la mise en liberté.

[98] L'article 680 *C. cr.* traite notamment de la révision de la décision de mise en liberté dans le cas d'infractions prévues à l'art. 469 *C. cr.* Le paragraphe 680(1) *C. cr.* est rédigé ainsi :

680. (1) Une décision rendue par un juge en vertu de l'article 522 ou des paragraphes 524(4) ou (5) ou une décision rendue par un juge de la cour d'appel en vertu des articles 261 ou 679 peut, sur l'ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d'appel, faire l'objet d'une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s'il ne confirme pas la décision :

a) ou bien modifier la décision;

b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[99] Comme l'appelante l'admet elle-même, la jurisprudence sur la nature de la révision prévue à l'art. 680 *C. cr.* et sur les cas donnant ouverture à celle-ci n'est pas uniforme. Certaines cours d'appel provinciales ont même reconnu cet état de fait : *R. c. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. c. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. c. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295;

Canadian Criminal Law (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 11-17.

[100] Section 18(2) of the *Extradition Act* concerns the review of an order made with regard to a person arrested under that statute. It reads as follows:

(2) A decision respecting judicial interim release may be reviewed by a judge of the court of appeal and that judge may

(*a*) confirm the decision;

(*b*) vary the decision; or

(*c*) substitute any other decision that, in the judge's opinion, should have been made.

[101] It can be seen immediately that the various decisions open to the reviewing judge are set out in a similar way to those provided for in s. 520 *Cr. C.* However, like s. 680(1) *Cr. C.*, s. 18(2) of the *Extradition Act* does not limit the variation of the initial decision to cases in which "cause" is shown.

[102] The case law of Canadian appellate courts is nearly unanimous. Section 18(2) of the *Extradition Act* provides that a reviewing judge may vary the initial decision only on the basis of an error in principle: *United States of America v. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93 (Ont. C.A.); *United States of America v. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414 (Ont. C.A.); *United States of America v. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum v. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde v. United States of America* (2005), 293 N.B.R. (2d) 80 (C.A.); *United States of America v. Palmucci*, 2001 CanLII 38680 (Que. C.A.); *Boily v. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov v. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44.

[103] Only the British Columbia Court of Appeal has taken the position that, although this is not a *de novo* hearing or a proceeding in which it can

voir aussi Trotter, p. 8-23; T. Quigley, *Procedure in Canadian Criminal Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-17.

[100] De son côté, le par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition* porte sur la révision d'une ordonnance rendue à l'égard d'une personne arrêtée en vertu de cette loi. Celui-ci prévoit ce qui suit :

(2) La décision d'accorder ou de refuser la mise en liberté provisoire peut faire l'objet d'une révision par un juge de la cour d'appel; celui-ci peut confirmer la décision, la modifier ou y substituer toute décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[101] On remarque immédiatement que les différentes décisions que peut rendre le juge réviseur sont présentées de façon analogue à celles prévues à l'art. 520 *C. cr.* Cependant, à l'instar du par. 680(1) *C. cr.*, le libellé du par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition* ne limite pas la révision de la décision initiale à la démonstration de « motifs justificatifs ».

[102] La jurisprudence des cours d'appel canadiennes est presque unanime. Le paragraphe 18(2) de la *Loi sur l'extradition* prévoit que seule une erreur de principe permet au juge réviseur de changer la décision initiale : *United States of America c. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93 (C.A. Ont.); *United States of America c. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414 (C.A. Ont.); *United States of America c. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum c. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde c. United States of America* (2005), 293 R.N.-B. (2e) 80 (C.A.); *United States of America c. Palmucci*, 2001 CanLII 38680 (C.A. Qc); *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov c. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44.

[103] Seule la Cour d'appel de la Colombie-Britannique considère que, bien qu'il ne s'agisse pas d'une audience *de novo* ni d'une procédure lui

render a decision as if it were the first judge, it must determine whether the initial decision is "correct" while at the same time according the usual deference to the first judge's findings of fact: *Seifert v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203, at para. 6; *United States of America v. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245, at paras. 8-10. Paradoxically, the British Columbia Court of Appeal and the Newfoundland and Labrador Court of Appeal arrived at different outcomes even though they both based their decisions on an analogy with the review procedure provided for in s. 680 *Cr. C.* This is hardly surprising given that the courts do not agree on the nature of the latter procedure.

[104] For the purposes of this appeal, I do not have to determine the validity of the positions taken by appellate courts with respect to s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act*. The comparison between those provisions and ss. 520 and 521 *Cr. C.* is nonetheless not without relevance. The fact that s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act* — unlike ss. 520 and 521 *Cr. C.* — do not require cause to be shown for the court of appeal to exercise its power of review suggests that Parliament intended, in ss. 520 and 521 *Cr. C.*, to limit the reviewing judge's discretion.

(3) Comparison Between the Appeal From a Sentence and the Review Procedure Provided for in Sections 520 and 521 *Cr. C.*

[105] The appellant points to similarities between the interim release decision and the sentencing decision. In the appellant's view, these similarities mean that a release decision should be reviewed on the basis of the same principles that guide a sentence appeal under s. 687 *Cr. C.* Relying on *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, and *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, the appellant asserts that a superior court conducting a review under ss. 520 and 521 should reverse the initial decision and substitute another one for it only if the initial decision contains an error in principle that

permettant de décider comme si elle était le premier juge, elle doit déterminer si la décision initiale est correcte (« *correct* »), tout en accordant la déférence habituelle aux conclusions de fait du premier juge : *Seifert c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203, par. 6; *United States of America c. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245, par. 8-10. Paradoxalement, alors que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de Terre-Neuve-et-Labrador fondent toutes deux leur décision sur une analogie avec la procédure de révision prévue à l'art. 680 *C. cr.*, elles arrivent à des résultats différents. Cela n'est guère surprenant, étant donné que les tribunaux ne s'entendent pas sur la nature de la procédure de révision à l'art. 680 *C. cr.*

[104] Pour les besoins du présent pourvoi, je n'ai pas à me prononcer sur la validité de la position des tribunaux d'appel sur les par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l'extradition*. La comparaison entre ces dispositions et les art. 520 et 521 *C. cr.* n'est pas pour autant dénuée d'intérêt. Le fait que — contrairement aux art. 520 et 521 *C. cr.* — les par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l'extradition* ne soumettent pas l'exercice du pouvoir de révision de la cour d'appel à la démonstration de motifs justificatifs tend à indiquer que le législateur a voulu, aux art. 520 et 521 *C. cr.*, limiter la discrétion du juge réviseur.

(3) Comparaison entre l'appel de la peine et la procédure de révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.*

[105] L'appelante relève des similitudes entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle sur la peine. Elle est donc d'avis que la décision sur la mise en liberté devrait être révisée au regard des mêmes principes que ceux guidant l'appel de la peine prévu à l'art. 687 *C. cr.* Se fondant sur les décisions *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, et *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, l'appelante affirme que les cours supérieures agissant en révision en vertu des art. 520 et 521 ne devraient infirmer la décision initiale et la remplacer que si celle-ci est entachée

affects the result, or if it is clearly inappropriate or clearly unreasonable.

[106] In the respondent's view, the distinctions between the sentencing decision and the interim release decision are so great that no similarity would justify equating the rules for one with the rules for the other. According to the respondent, the right to interim release is a constitutional right, whereas the sentencing principle requiring consideration of whether "less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances" (s. 718.2(*d*) *Cr. C.*) is not important enough to justify this analogy.

[107] It is true that there are similarities between the interim release decision and the sentencing decision. Although both these decisions are discretionary, specific statutory rules apply to each of them. In both cases, the rules on the admissibility of evidence are relaxed: ss. 518 and 723 *Cr. C.* As well, the release of an accused must be ordered unless the prosecution shows cause why detention is justified: s. 515(2) and (10) *Cr. C.* Similarly, the sentencing judge must opt for the least restrictive sanction having regard to the circumstances: s. 718.2(*d*) *Cr. C.* Finally, the various possibilities available to the judge are similar. In the case of interim release, the justice may release the accused without conditions, impose statutory conditions for interim release of the accused (with or without sureties), require the payment of a deposit or order the detention of the accused: s. 515(1), (2)(*a*) to (*d*), (4) to (4.3), (5) and (8) *Cr. C.* In the case of sentencing, the judge may discharge the accused, impose statutory conditions of probation, fine the accused or sentence the accused to a term of imprisonment: ss. 730, 731, 734 and 732.1(3) *Cr. C.*

[108] However, there are also some significant differences between the interim release decision and the sentencing decision. In *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, this Court discussed the expeditious nature of

d'une erreur de principe affectant le résultat ou si elle est manifestement non indiquée ou nettement déraisonnable.

[106] De l'avis de l'intimé, les distinctions entre la décision sur la peine et celle sur la mise en liberté provisoire sont à ce point énormes qu'aucune similitude ne permet d'assimiler les règles de l'une à celles de l'autre. En effet, selon l'intimé, le droit à la mise en liberté provisoire est un droit constitutionnel alors que le principe de détermination de la peine demandant « d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient » (al. 718.2*d*) *C. cr.*) n'atteint pas le niveau d'importance justifiant cette analogie.

[107] Il est vrai qu'il existe des similitudes entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine. Bien que de nature discrétionnaire, les deux décisions sont encadrées par des paramètres législatifs. Dans les deux cas, les règles d'admissibilité de la preuve sont assouplies : art. 518 et 723 *C. cr.* De plus, la mise en liberté de l'accusé doit être ordonnée sauf si la poursuite fait valoir des motifs justifiant sa détention : par. 515(2) et (10) *C. cr.* Similairement, le juge qui statue sur la peine doit opter pour la sanction la moins contraignante compte tenu des circonstances : al. 718.2*d*) *C. cr.* Enfin, les diverses possibilités dont dispose le juge sont semblables. Dans le cas de la mise en liberté provisoire, le juge peut libérer l'accusé sans condition, l'assujettir à des conditions de mise en liberté provisoire prévues par la loi (avec ou sans caution), exiger le versement d'un dépôt, ou ordonner sa détention : par. 515(1), al. 515(2)*a*) à *d*), par. 515(4) à (4.3), par. 515(5) et par. 515(8) *C. cr.* Dans le cas de la peine, le juge peut absoudre l'accusé, l'assujettir à des conditions de probation prévues par la loi, le condamner à une amende ou lui infliger une peine d'emprisonnement : art. 730, 731 et 734 et par. 732.1(3) *C. cr.*

[108] Cela dit, il existe aussi des différences notables entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine. Dans l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, notre Cour a rappelé la nature expéditive

our interim release system and the implications of that nature:

. . . s. 503(1)(*a*) *Cr. C.* requires that a person who is arrested and detained be taken before a justice "without unreasonable delay" and in any event within 24 hours after the arrest. Section 515 *Cr. C.* provides that the justice *shall* release the person unless the prosecution shows cause why the detention should be continued. The grounds that can be relied on to deny the person's release are limited. In the short time it has before it must show cause why the detention of the accused is justified, the prosecution has to gather the evidence it intends to use at the bail hearing, which means it may have insufficient time to meet with witnesses and further investigate the matters relevant to bail. Section 516(1) *Cr. C.* provides that the adjournment of a bail hearing cannot exceed three days except with the consent of the accused; and orders can be reviewed at the request of the accused provided that the accused has given the prosecution two days' notice (s. 520(1) and (2) *Cr. C.*).

To avoid any delay prejudicial to an accused who ought to be released, while at the same time ensuring that those who do not meet the criteria for release are kept in custody, compromises had to be made regarding the nature of the evidence to be adduced at the bail hearing. There are practically no prohibitions as regards the evidence the prosecution can lead to show cause why the detention of the accused in custody is justified. According to s. 518(1)(*e*) *Cr. C.*, the prosecutor may lead any evidence that is "credible or trustworthy", which might include evidence of a confession that has not been tested for voluntariness or consistency with the *Charter*, bad character, information obtained by wiretap, hearsay statements, ambiguous post-offence conduct, untested similar facts, prior convictions, untried charges, or personal information on living and social habits. The justice has a broad discretion to "make such inquiries, on oath or otherwise, of and concerning the accused as he considers desirable" (s. 518(1)(*a*)). The process is informal; the bail hearing can even take place over the phone (s. 515(2.2)). [Underlining added; paras. 27-28.]

de notre système de remise en liberté provisoire et ses implications :

. . . l'al. 503(1)*a*) *C. cr.* prévoit qu'une personne qui est arrêtée puis mise sous garde doit être conduite devant un juge de paix « sans retard injustifié » et, dans tous les cas, dans un délai de 24 heures suivant son arrestation. Selon l'art. 515 *C. cr.*, le juge de paix *doit* mettre la personne en liberté, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant sa détention continue. Seuls des motifs restreints peuvent être invoqués pour refuser la mise en liberté. Dans le court délai accordé pour justifier la détention, la poursuite doit réunir les éléments de preuve qu'elle entend utiliser à l'enquête sur remise en liberté provisoire, ce qui signifie qu'elle pourrait ne pas avoir le temps de rencontrer les témoins et de mener une enquête plus poussée sur les questions pertinentes pour le cautionnement; le par. 516(1) *C. cr.* prévoit que l'ajournement d'une enquête sur remise en liberté provisoire ne peut dépasser trois jours, sauf avec le consentement du prévenu; l'ordonnance peut être révisée à la demande de l'accusé après que celui-ci a donné un préavis de deux jours au poursuivant (par. 520(1) et (2) *C. cr.*).

Afin d'éviter tout retard qui serait préjudiciable à un accusé devant être mis en liberté tout en s'assurant que ceux qui ne satisfont pas aux conditions demeurent en détention, il a fallu trouver des compromis quant à la nature de la preuve produite lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire. Il n'y a pratiquement aucune interdiction quant à ce que le poursuivant peut produire en preuve afin de démontrer que l'accusé doit être placé en détention. Selon l'al. 518(1)*e*) *C. cr.*, le poursuivant peut présenter toute preuve « plausible ou digne de foi », soit notamment les confessions dont on n'a pas vérifié le caractère volontaire ou la conformité à la *Charte*, la preuve de mauvaise moralité, la preuve obtenue par écoute électronique ou la preuve par ouï-dire, tout comportement ambigu postérieur à l'infraction, la preuve de faits similaires qui n'a été soumise à aucun examen, les déclarations de culpabilité antérieures, les accusations en instance n'ayant fait l'objet d'aucun procès, ainsi que les renseignements personnels concernant le mode de vie et les habitudes sociales. Le juge de paix dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de « faire, auprès du prévenu ou à son sujet, sous serment ou autrement, les enquêtes qu'il estime opportunes » (al. 518(1)*a*)). Le processus est informel et l'enquête sur remise en liberté provisoire peut même avoir lieu par téléphone (par. 515(2.2)). [Je souligne; par. 27-28.]

[109] This conscious choice to expedite the release hearing is grounded in the importance our society attaches to the presumption of innocence and the right of individuals to liberty even when charged with a serious criminal offence. However, this expeditious process is not without consequences for the accused, who generally has very little time to choose counsel and may even have no legal representation at the release hearing. The accused, or his or her counsel, also has very little time to, *inter alia*, review and analyze the prosecutor's evidence, devise a defence strategy and make the best possible decisions on how to proceed.

[110] On the other hand, the sentencing judge is often the judge who presided over the trial of the accused. Thus, even though the appellant argues that the rules on the admissibility of evidence are relaxed, a sentencing decision is made at the end of a long process during which the judge has generally analyzed an abundance of evidence and is more familiar with the situation of the accused. The sentencing judge is therefore not in the same position as the justice who must decide whether to grant the accused interim release.

[111] Finally, it is important to note that, at the time of sentencing, the accused has already been convicted and is therefore no longer presumed innocent. However, the sentence could have a longer-term impact on the life of the accused than would interim detention.

[112] Thus, although a comparison between the interim release decision and the sentencing decision is interesting, it cannot in itself be determinative, given the differences between these two types of decisions.

(4) Nature of the Decision Reviewed Under Sections 520 and 521 *Cr. C.*

[113] The decision concerning the interim release of an accused is often characterized as "discretionary". This word must be used carefully in the context of this provision of the *Criminal Code*,

[109] Ce choix conscient de tenir rapidement une enquête sur la mise en liberté repose sur l'importance que notre société accorde à la présomption d'innocence et au droit à la liberté des individus, même lorsqu'ils sont accusés d'une infraction criminelle sérieuse. Mais ce traitement rapide n'est pas sans conséquence pour l'accusé. Ce dernier a généralement très peu de temps pour choisir un avocat, et il peut arriver que celui-ci ne soit même pas représenté par avocat lors de l'enquête sur sa mise en liberté. De plus, l'accusé ou son avocat ont très peu de temps pour, entre autres, examiner la preuve du poursuivant, l'analyser, établir une stratégie de défense, et prendre les meilleures décisions possibles sur la conduite à adopter.

[110] Par ailleurs, le juge qui détermine la peine est souvent celui qui a présidé le procès de l'accusé. Ainsi, même si l'appelante fait valoir que les règles d'admissibilité de la preuve sont assouplies, la décision sur la peine est rendue à la fin d'un long processus, au cours duquel le juge a généralement analysé une preuve abondante et possède une meilleure connaissance de l'accusé devant lui. Le juge qui décide de la peine n'est donc pas dans la même position que celui qui doit décider de la mise en liberté provisoire de l'accusé.

[111] Enfin, il importe de rappeler que, lors de la détermination de la peine, l'accusé a déjà été reconnu coupable et il ne bénéficie donc plus de la présomption d'innocence. Toutefois, la peine peut avoir des répercussions à plus long terme sur sa vie que celles inhérentes à sa détention provisoire.

[112] En conséquence, la comparaison entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine est intéressante, mais elle ne peut à elle seule être déterminante, vu les différences entre ces deux types de décision.

(4) La nature de la décision qui fait l'objet de la révision en vertu des art. 520 et 521 *C. cr.*

[113] La décision relative à la mise en liberté provisoire de l'accusé est souvent qualifiée de « discrétionnaire ». Il faut être prudent avec ce qualificatif dans le contexte de cette disposition du *Code*

since release of the accused remains the rule, the exception being where his or her detention is justified on one of the grounds set out in s. 515(10) *Cr. C.*

[114] Nevertheless, s. 515(10)(*c*) requires the justice to balance several factors, including the ones listed in that provision. In this balancing exercise, the justice must for the most part make findings of fact and assess the weight of those findings to determine whether detention is justified. Thus, the provision requires the justice to assess the appropriateness of a decision, which, from this perspective, can be characterized as "discretionary".

[115] I have already dealt with the argument concerning the similarity between the release decision and the sentencing decision. It will be helpful to return here to the discretionary nature of the sentencing decision. In *Shropshire*, this Court reproduced comments that had been made by the Nova Scotia Court of Appeal, quoting *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119, at pp. 123-24:

> In considering the fitness of a sentence imposed by a trial judge, this court has consistently held that it will not interfere unless the sentence imposed is clearly excessive or inadequate. . . .
>
> . . .
>
> The law on sentence appeals is not complex. If a sentence imposed is not clearly excessive or inadequate it is a fit sentence assuming the trial judge applied the correct principles and considered all relevant facts. . . . My view is premised on the reality that sentencing is not an exact science; it is anything but. It is the exercise of judgment taking into consideration relevant legal principles, the circumstances of the offence and the offender. The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive. [para. 48]

criminel, car la mise en liberté de l'accusé demeure la règle, à moins que sa détention ne soit justifiée pour l'un des motifs énumérés au par. 515(10) *C. cr.*

[114] Il n'en reste pas moins que l'al. 515(10)*c*) appelle le juge à effectuer un exercice de pondération entre divers facteurs, notamment ceux énumérés à cette disposition. Dans le cadre de cet exercice, le juge doit principalement tirer des conclusions de fait et en apprécier la valeur afin de déterminer si la détention est justifiée. En conséquence, cette disposition oblige le juge à apprécier l'opportunité d'une décision et, en ce sens, celle-ci peut être qualifiée de « discrétionnaire ».

[115] J'ai déjà traité de l'argument relatif à la similitude entre la décision sur mise en liberté et celle relative à la peine. Il est utile de revenir sur le caractère discrétionnaire de cette décision. Dans *Shropshire*, notre Cour a repris les propos de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, citant *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119, p. 123-124 :

> [TRADUCTION] Chaque fois que notre cour a été appelée à examiner la justesse d'une peine infligée par un juge du procès, elle a constamment décidé de ne pas intervenir, sauf si la peine était nettement excessive ou inadéquate. . .
>
> . . .
>
> La règle de droit applicable aux appels interjetés contre une peine n'est pas complexe. Si la peine infligée n'est pas clairement excessive ou inadéquate, elle est indiquée à supposer que le juge du procès ait appliqué les bons principes et tenu compte de tous les faits pertinents. [. . .] Mon point de vue repose sur le fait que la détermination de la peine n'est pas une science exacte, tout au contraire. C'est un exercice de jugement qui tient compte des principes juridiques pertinents, des circonstances de l'infraction et du contrevenant. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive. [par. 48]

. . .

It then added:

> Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the "acceptable range" of orders; this clearly does not arise in the present appeal. [Emphasis added; para. 50.]

[116] In *Nasogaluak*, the Court noted that an appellate court cannot interfere with a sentence simply because it would have weighed the relevant factors differently (para. 46, quoting *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35):

> . . . The weighing of relevant factors, the balancing process is what the exercise of discretion is all about. . . . Only if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably should an appellate court interfere with the sentence on the ground the trial judge erred in principle. [Emphasis added.]

[117] Allow me to repeat that the accused has a right to be presumed innocent at the time of the release hearing, which is no longer the case at the time of sentencing. However, the passages reproduced above aptly convey the implications of a discretionary decision that involves the balancing of a number of factors. As I explained above, a decision with respect to release made on the basis of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* calls for the consideration of several factors that may be difficult to balance. This is a delicate exercise whose essence would be distorted if an open-ended discretion to review the initial release decision were to be conferred on the judge.

[118] As I mentioned above, I am of the opinion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not provide for a *de novo* hearing. Thus, unless there is new evidence — a subject I will address below — the reviewing judge is not in a better position than the justice to evaluate whether the detention of the accused is necessary. In addition, the reviewing judge has, in

. . .

Elle a ajouté :

> Pour être considérée comme déraisonnable, l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des « limites acceptables », ce qui n'est clairement pas le cas en l'espèce. [Je souligne; par. 50.]

[116] Dans *Nasogaluak*, la Cour a rappelé que les tribunaux d'appel ne peuvent pas modifier une peine simplement parce qu'ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents (par. 46, citant *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35) :

> [TRADUCTION] . . . La pondération des facteurs pertinents, le processus de mise en balance, voilà l'objet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. [. . .] Ce n'est que si le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d'accorder suffisamment d'importance à un autre, que le tribunal d'appel pourra modifier la peine au motif que le juge a commis une erreur de principe. [Je souligne.]

[117] J'insiste à nouveau sur le fait que, lors de l'audience sur la mise en liberté, l'accusé jouit de la présomption d'innocence, ce qui n'est plus le cas lors de la détermination de sa peine. Cependant, les extraits cités plus haut expriment avec justesse les implications d'une décision discrétionnaire qui incorpore plusieurs facteurs devant être pondérés. Comme je l'ai expliqué précédemment, la décision relative à la mise en liberté prise en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* requiert l'examen de plusieurs facteurs qui peuvent s'avérer difficiles à pondérer. Il s'agit d'un exercice délicat. Accorder au juge un pouvoir discrétionnaire illimité de réviser la décision initiale sur la mise en liberté trahirait l'essence de l'exercice.

[118] Comme je l'ai mentionné, je suis d'avis que les art. 520 et 521 *C. cr.* ne prévoient pas la tenue d'une audience *de novo*. Ainsi, à moins de preuve nouvelle — un sujet dont je traiterai plus loin — le juge réviseur n'est pas en meilleure position que le juge de paix pour évaluer si la détention de l'accusé est nécessaire. De plus, le juge réviseur ne détient

relation to the justice, no special expertise with respect to release.

[119] I therefore have difficulty seeing any possible justification for allowing a reviewing judge, at all times, to substitute his or her assessment of the various circumstances for that of the justice.

(5) Conclusion: The Review Provided for in Sections 520 and 521 *Cr. C.* Is a Hybrid Remedy

[120] On the basis of the wording of ss. 520 and 521 *Cr. C.*, a comparison with other review provisions and with sentence appeals, and the nature of the decision being reviewed, I conclude that these sections do not confer on the reviewing judge an open-ended power to review the initial order respecting the detention or release of the accused. The reviewing judge must therefore determine whether it is appropriate to exercise this power of review.

[121] It will be appropriate to intervene if the justice has erred in law. It will also be appropriate for the reviewing judge to exercise this power if the impugned decision was clearly inappropriate, that is, if the justice who rendered it gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another. The reviewing judge therefore does not have the power to interfere with the initial decision simply because he or she would have weighed the relevant factors differently. I reiterate that the relevant factors are not limited to the ones expressly specified in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* Finally, where new evidence is submitted by the accused or the prosecutor as permitted by ss. 520 and 521 *Cr. C.*, the reviewing judge may vary the initial decision if that evidence shows a material and relevant change in the circumstances of the case.

(6) Material Change in Circumstances

[122] Sections 520(7) and 521(8) *Cr. C.* provide for the tendering of new "evidence or exhibits". Section 520(7) reads as follows:

pas, par rapport au juge de paix, une expertise particulière en matière de mise en liberté.

[119] Dans ce contexte, je vois difficilement comment on pourrait justifier de permettre au juge réviseur de substituer en tout temps son appréciation des différentes circonstances à celle du juge de paix.

(5) Conclusion : la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* constitue un recours de nature hybride

[120] L'examen du libellé des art. 520 et 521 *C. cr.*, la comparaison avec d'autres dispositions en matière de révision et avec l'appel en matière de peine, ainsi que la nature de la décision qui fait l'objet de la révision, m'amènent à conclure que ces dispositions ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir illimité pour réviser l'ordonnance initiale relative à la détention ou à la mise en liberté de l'accusé. Le juge doit donc se demander s'il est opportun qu'il exerce ce pouvoir de révision.

[121] L'opportunité d'intervenir existera lorsqu'une erreur de droit a été commise par le premier juge. Il est aussi opportun pour le juge réviseur d'exercer son pouvoir lorsque la décision contestée est manifestement inappropriée, c'est-à-dire lorsque le juge ayant rendu la décision contestée a accordé trop d'importance à un facteur pertinent ou pas suffisamment à un autre. Il ne s'agit donc pas d'accorder aux juges réviseurs le pouvoir d'intervenir à l'égard de la décision initiale simplement parce qu'ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents. Je rappelle que les facteurs pertinents ne sont pas limités à ceux énoncés expressément à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Finalement, si l'accusé ou le poursuivant soumet une nouvelle preuve, comme le permettent les art. 520 et 521 *C. cr.*, le juge réviseur peut modifier la décision initiale si cette nouvelle preuve démontre un changement important et pertinent dans les circonstances de l'affaire.

(6) Le changement important de circonstances

[122] La présentation de « preuves ou pièces » nouvelles est autorisée par les par. 520(7) et 521(8) *C. cr.* Le paragraphe 520(7) stipule ce qui suit :

520. (7) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

(*a*) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,

(*b*) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and

(*c*) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the accused or the prosecutor,

Section 521(8) is essentially identical to s. 520(7).

[123] The question is what is admissible as new evidence.

[124] The appellant submits that this evidence is limited to facts that are truly new in the sense that they have come to light since the initial decision. It therefore does not include facts that could have been alleged at the initial hearing or during a previous review. Otherwise, the system could encourage "judge shopping".

[125] It is true that the principle of finality of judgments and that of the need to avoid a multiplicity of unwarranted court proceedings are important, and the courts must not facilitate "judge shopping". However, it is going too far to say, as the appellant does, that it might be in an arrested person's interest to tender a minimum of evidence at the initial release hearing and then, should that prove to be insufficient, to adduce evidence on review that had existed at the time of that hearing but had not been used then. Detained persons generally do everything in their power to be released as quickly as possible. The appellant's argument reflects a misunderstanding of the impact of detention on an individual, particularly when it may be unjustified: see, e.g., *Toronto Star Newspapers Ltd.*, at para. 51, quoting *Hall*, at para. 47; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 24.

520. (7) Lors de l'audition d'une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

a) la transcription, s'il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l'ordonnance rendue par le juge de paix;

b) les pièces, s'il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;

c) les autres preuves ou pièces que le prévenu ou le poursuivant peuvent présenter,

Le paragraphe 521(8) est essentiellement identique.

[123] La question est de savoir ce qui est admissible à titre de preuve nouvelle.

[124] Selon l'appelante, une telle preuve ne peut porter que sur des faits véritablement nouveaux, soit des faits qui sont survenus depuis la décision initiale. Cela exclut donc des faits qui auraient pu être allégués lors de l'audience initiale ou d'une révision antérieure. À défaut, le système risque d'encourager « la recherche d'un juge plus accommodant » (ce qu'on appelle en anglais le « *judge shopping* »).

[125] Il est vrai que le principe de la finalité des jugements et celui de la nécessité d'éviter la multiplication des recours judiciaires non justifiés sont importants, et les tribunaux ne doivent pas faciliter « la recherche d'un juge plus accommodant ». Il est toutefois exagéré de prétendre, comme le fait l'appelante, qu'une personne arrêtée pourrait avoir intérêt à présenter le minimum de preuve lors de l'audience initiale sur la mise en liberté et, si cela s'avère insuffisant, à invoquer en cas de révision des éléments de preuve qui existaient déjà au moment de cette audience mais qu'elle n'a pas utilisés. Normalement, une personne détenue fait généralement tout en son pouvoir pour être remise en liberté le plus rapidement possible. La prétention de l'appelante témoigne d'une incompréhension de l'impact de la détention sur un individu, en particulier lorsque celle-ci peut s'avérer non justifiée : voir, p. ex., *Toronto Star Newspapers Ltd.*, par. 51, citant *Hall*, par. 47; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 24.

[126] That the fear expressed by the appellant goes too far seems even clearer to me given the fact that, following a first application for review under ss. 520 and 521 *Cr. C.*, a further application may not be made, except with leave of a judge, prior to the expiration of 30 days: ss. 520(8) and 521(9) *Cr. C.*

[127] I am instead of the opinion that the reason why detained persons may not always tender all possible evidence at their first hearing lies in the generally expeditious nature of the release process and in the consequences of that nature, namely the short time between arrest and hearing, a lack of representation for accused persons, and incomplete evidence at this stage. The interests of justice would therefore be undermined if courts acting under ss. 520 and 521 *Cr. C.* were to adopt a narrow view regarding the "new evidence" that can be admitted under those sections.

[128] In *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, this Court established the following criteria that must be met for evidence to be considered "new evidence" on appeal:

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial . . . .

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

(Reproduced in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 50.)

[129] In my opinion, the four criteria from *Palmer* are relevant, with any necessary modifications, to the determination of what constitutes new evidence for the purposes of the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* Given the generally expeditious nature of the interim release process and the risks of violating the rights of the accused, and since

[126] La crainte de l'appelante m'apparaît d'autant plus démesurée qu'après une première demande de révision en vertu de l'art. 520 et 521 *C. cr.*, une nouvelle demande ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de 30 jours, sauf avec l'autorisation d'un juge : par. 520(8) et 521(9) *C. cr.*

[127] Je suis plutôt d'avis que la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté et ses conséquences — rapidité entre l'arrestation et l'audience, non-représentation des accusés, preuve incomplète à cette étape — expliquent qu'une personne détenue ne puisse pas toujours présenter tous les éléments de preuve possibles lors de sa première audience. L'intérêt de la justice serait donc compromis si les tribunaux agissant en vertu des art. 520 et 521 *C. cr.* devaient appliquer une conception restrictive de la « preuve nouvelle » admissible au sens de ces articles.

[128] Dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, notre Cour a établi les critères suivants pour qu'une preuve satisfasse à la notion de « preuve nouvelle » lors d'un appel :

(1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès . . .

(2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

(3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

(Réitéré dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 50.)

[129] Je suis d'avis que les quatre critères de l'arrêt *Palmer* sont pertinents, avec les adaptations nécessaires, pour déterminer en quoi consiste une preuve nouvelle pour les besoins de la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* Étant donné la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté provisoire et les risques d'atteinte aux droits

the release hearing takes place at the very start of criminal proceedings and not at the end like the sentence appeal, a reviewing judge must be flexible in applying these four criteria. I reiterate at the outset that the rules of evidence are relaxed in the context of the release hearing: s. 518 *Cr. C.*

[130] The first criterion — due diligence — exists to ensure finality and order, which are values that are essential to the integrity of the criminal process: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19, quoting *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411. The appellant relies on these same values to limit what constitutes new evidence in this case. However, the pre-trial detention of accused persons — like their release — is, by its nature, very often "interim" and not final.

[131] Moreover, despite the importance of these values, this Court has also stated that the due diligence criterion should not be applied as strictly in criminal matters as in civil cases: *Palmer*, at p. 775, quoting *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 493. The weight to be given to this criterion depends on the strength of the other criteria or, in other words, on the totality of the circumstances: *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633, at p. 634; see also *Warsing*, at para. 51. In *G.D.B.*, this Court stated that "an appellate court should determine the reason why the evidence was not available at the trial": para. 20. A generous and liberal interpretation of the meaning of "new evidence" in the context of ss. 520 and 521 *Cr. C.* is thus quite consistent with the principles developed by this Court.

[132] I am therefore of the opinion that a reviewing judge may consider evidence that is truly new or evidence that existed at the time of the initial release hearing but was not tendered for some reason that is legitimate and reasonable. This is how the "due diligence" criterion from *Palmer* must be

de l'accusé, et puisque l'audience sur la mise en liberté survient au tout début des procédures criminelles et non à la fin comme l'appel de la peine, les juges réviseurs doivent faire preuve de souplesse dans l'application de ces quatre critères. D'entrée de jeu, je rappelle que les règles de preuve sont assouplies dans le cadre de l'enquête sur la mise en liberté : art. 518 *C. cr.*

[130] Le premier critère — la diligence raisonnable — existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires, des valeurs qui sont essentielles à l'intégrité du processus pénal: *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411. L'appelante fait d'ailleurs valoir ces mêmes valeurs pour restreindre la notion de preuve nouvelle en l'espèce. Cependant, la détention de l'accusé avant le procès — tout comme sa mise en liberté — est de par sa nature même très souvent « provisoire » et non pas définitive.

[131] De plus, malgré l'importance de ces valeurs, notre Cour a également précisé que le critère de la diligence raisonnable ne devait pas être appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : *Palmer*, p. 775, citant *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, p. 493. Le poids qu'il faut accorder à ce critère dépend de la force des autres ou, en d'autres termes, de l'ensemble des circonstances : *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633, p. 634; voir aussi *Warsing*, par. 51. Dans *G.D.B.*, notre Cour a précisé que « la cour d'appel doit déterminer la raison pour laquelle l'élément de preuve n'était pas disponible au procès » : par. 20. Ainsi, le fait de permettre une approche généreuse et libérale de la notion de « preuve nouvelle » pour l'application des art. 520 et 521 *C. cr.* s'inscrit fort bien dans la jurisprudence de notre Cour.

[132] J'estime donc que le juge réviseur peut tenir compte d'éléments de preuve véritablement nouveaux ou d'éléments qui existaient au moment de l'audience initiale sur la mise en liberté de l'accusé, mais qui n'ont pas été présentés pour une raison légitime et raisonnable. C'est en ce sens qu'il faut

understood in the context of the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* The nature of the release system and the risks associated with it demand no less.

[133] I wish to be clear that such new evidence is not limited to evidence that was unavailable to the accused before the initial hearing because, for example, the prosecutor did not disclose it to the accused. It is possible that the prosecutor will give the evidence to the accused only at the very last minute before, or very shortly before, the initial hearing. Depending on the circumstances of a given case, it could be unreasonable and unfair to say that if the accused does not use such evidence at the initial hearing, he or she will be precluded from adducing it on a subsequent application for review, that is, after his or her counsel has had the necessary time to analyze it and weigh the advantages and disadvantages of using it. In each case, the reviewing judge will have to determine whether the reason why the accused did not tender such pre-existing evidence earlier was legitimate and reasonable.

[134] This requirement to show a reason that was legitimate and reasonable means that it will be open to the reviewing judge to refuse to admit new evidence where it is alleged to have actually been in the interest of the accused to drag out the application for release or where the accused is alleged to have tried to use the review to engage in judge shopping. In this way, the conception of new evidence in the context of ss. 520 and 521 *Cr. C.* reflects both the need to ensure the integrity of our criminal justice system and the need to protect the rights of accused persons in proceedings that are generally expeditious.

[135] As to the second *Palmer* criterion, the evidence obviously does not have to "bea[r] upon a decisive or potentially decisive issue in the trial": p. 775. It will suffice if the evidence is relevant for the purposes of s. 515(10) *Cr. C.* Where, more specifically, the third ground for detention under s. 515(10)(*c*) — the one at issue here — is concerned, I note that the justice must consider "all the

comprendre le critère de la « diligence raisonnable » établi dans l'arrêt *Palmer* pour la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* La nature du système de mise en liberté et les risques y afférents n'exigent pas moins.

[133] Je précise que cette preuve nouvelle ne se limite pas à des éléments auxquels l'accusé n'a pas eu accès avant l'audience initiale, du fait que, par exemple, le poursuivant ne les lui avait pas communiqués. Il est possible que ce dernier ne remette des éléments de preuve à l'accusé qu'au tout dernier moment avant l'audience initiale ou très peu de temps avant. Compte tenu des circonstances propres à chaque affaire, il pourrait être déraisonnable et injuste d'exiger de l'accusé qu'il utilise une telle preuve dès l'audience initiale, faute de quoi il ne pourrait plus l'invoquer dans une demande de révision subséquente, soit une fois que son avocat aurait eu le temps nécessaire pour l'analyser et mesurer les avantages et désavantages de son utilisation. Il appartiendra aux juges réviseurs de déterminer, dans chaque cas, si la raison pour laquelle l'accusé n'a pas présenté plus tôt ces éléments de preuve préexistants était légitime et raisonnable.

[134] Cette exigence relative à la démonstration d'une raison légitime et raisonnable fait en sorte que, dans les cas où un accusé aurait véritablement intérêt à faire traîner sa demande de mise en liberté ou tenterait de profiter de la révision pour choisir un juge plus accommodant, le juge réviseur pourra refuser la preuve nouvelle. De cette façon, la conception de preuve nouvelle pour l'application des art. 520 et 521 *C. cr.* répond à la fois au besoin de respecter l'intégrité de notre système de justice criminelle et à celui d'assurer la protection des droits de l'accusé dans le cadre de procédures généralement expéditives.

[135] Quant au deuxième critère de l'arrêt *Palmer*, il va de soi que la preuve n'a pas à « porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès » : p. 775. Il suffit que la preuve soit pertinente pour les besoins du par. 515(10) *C. cr.* En ce qui a trait spécifiquement au troisième motif de détention sous l'al. 515(10)*c*), celui en cause ici, je souligne que le juge doit tenir compte

circumstances". The second *Palmer* criterion will therefore rarely be decisive in the context of an application for review under ss. 520 and 521 *Cr. C.*, since the range of "relevant" evidence will generally be quite broad.

[136] The third criterion — that the evidence "must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief" (*Palmer*, at p. 775) — must be interpreted in light of the relaxation of the rules of evidence at the bail stage and in particular of s. 518(1)(*e*) *Cr. C.*, which provides that "the justice may receive and base his decision on evidence considered credible or trustworthy by him in the circumstances of each case".

[137] Finally, the fourth *Palmer* criterion should be modified as follows: the new evidence must be such that it is reasonable to think, having regard to all the relevant circumstances, that it could have affected the balancing exercise engaged in by the justice under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* The new evidence must therefore be significant.

[138] If the new evidence meets the four criteria for admissibility, the reviewing judge is authorized to repeat the analysis under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* as if he or she were the initial decision-maker. The reviewing judge must therefore consider all the circumstances of the case, focusing in particular on the circumstances specified in that provision. The judge must then undertake a balancing exercise and determine, from the perspective of the public, whether the detention of the accused is still justified. The *Palmer* criteria, modified as I have just done, must not be applied in a manner that delays or needlessly complicates the release process. As I explained above, that process, by its very nature, generally requires an expeditious and flexible procedure. The criteria therefore serve as guidelines for the reviewing judge, but they must not have the effect of creating a procedural straightjacket that would interfere with the administration of justice.

de « toutes les circonstances ». Le deuxième critère de l'arrêt *Palmer* sera donc rarement décisif lors d'une demande de révision en vertu des art. 520 et 521 *C. cr.*, puisque l'éventail de preuves « pertinentes » sera généralement assez large.

[136] En ce qui concerne le troisième critère — soit que la preuve « doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi » (*Palmer*, p. 775) —, il doit être interprété à la lumière de l'assouplissement des règles de preuve à l'étape de la mise en liberté sous caution, en particulier de l'al. 518(1)*e*) *C. cr.*, lequel prévoit que « le juge de paix peut recevoir toute preuve qu'il considère plausible ou digne de foi dans les circonstances de l'espèce et fonder sa décision sur cette preuve ».

[137] Enfin, il convient de modifier ainsi le quatrième critère de l'arrêt *Palmer* : la preuve nouvelle doit être telle qu'il est raisonnable de penser que, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, elle aurait été susceptible d'influencer l'exercice de pondération auquel s'est livré le premier juge pour l'application de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Cette nouvelle preuve doit donc être significative.

[138] Si la preuve nouvelle satisfait aux quatre critères d'admissibilité, le juge réviseur est autorisé à reprendre l'analyse fondée sur l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* comme s'il était le premier décideur. Il doit donc analyser toutes les circonstances de l'affaire, en prêtant une attention particulière à celles énoncées à cet alinéa. Il doit ensuite se livrer à un exercice de pondération et déterminer, à travers l'œil du public, si la détention de l'accusé est toujours justifiée. Les critères de l'arrêt *Palmer*, tels que je viens de les modifier, ne doivent pas être appliqués pour ralentir ou compliquer inutilement le processus de mise en liberté. Encore une fois, de par sa nature, ce processus suppose généralement une procédure rapide et flexible. Ces critères servent donc de guides au juge réviseur, mais ils ne doivent pas avoir effet de créer des carcans procéduraux qui nuiraient à l'administration de la justice.

[139] In conclusion, a reviewing judge can intervene where relevant new evidence is tendered, where an error of law has been made or, finally, where the decision was clearly inappropriate.

C. *Application to the Facts of This Case*

(1) No New Facts

[140] In making the initial decision on whether the respondent should be released, Judge Lavergne considered the fact that, according to the witnesses, the respondent and his co-accused had shouted abuse and insults at the driver during the entire ride, had tried to provoke him and had threatened to beat him up. Judge Lavergne also noted that the video showed that the young men had spat at the driver while getting off the bus. This appeared to provoke a reaction by the driver, who stood up and went to the door of the bus. Judge Lavergne wrote that the driver had in all likelihood said something to the young men, who had then rushed back onto the bus. That was when the assault began.

[141] On review, Martin J. of the Superior Court found that not all elements of the incident had been in evidence before Judge Lavergne. According to Martin J., the starting point for the events taken into account by Judge Lavergne seemed to be the moment when the three young men had stood up at the back of the bus to go to the front. However, in Martin J.'s view, the events had instead started when the driver had refused to open the bus doors to let the young men on at a previous stop. Martin J. also pointed out that, once the three young men had gotten off the bus, the driver had jumped up from his seat and headed for the door. Following a verbal exchange, the driver went back to sit down, followed by the young men, who got back on the bus. At that moment, the driver turned toward them and took [TRANSLATION] "a certain physical action against one of the individuals": para. 11. It was from that point on, according to Martin J., that the situation degenerated.

[139] En conclusion, le juge réviseur pourra intervenir en cas de présentation d'une preuve nouvelle pertinente, en présence d'une erreur de droit ou, finalement, lorsque la décision est manifestement inappropriée.

C. *Application aux faits de la présente affaire*

(1) Absence de faits nouveaux

[140] Lors de la décision initiale sur la mise en liberté de l'intimé, le juge Lavergne a considéré que, au dire des témoins, l'intimé et ses coaccusés auraient invectivé et injurié le chauffeur tout au long du trajet; on aurait cherché à le provoquer et on aurait menacé de lui donner une raclée. Le juge Lavergne a aussi relevé que la vidéo démontrait qu'à leur sortie de l'autobus, les jeunes hommes ont craché en direction du chauffeur. Cela aurait provoqué une réaction du chauffeur, qui s'est alors levé et s'est rendu au seuil de la porte de l'autobus. Le juge Lavergne a écrit que, selon toute vraisemblance, le chauffeur se serait adressé aux jeunes hommes, qui seraient alors revenus précipitamment dans l'autobus. C'est alors que l'agression a débuté.

[141] Lors de la révision, le juge Martin de la Cour supérieure a estimé que tous les éléments de l'incident n'étaient pas en preuve devant le juge Lavergne. Selon le juge Martin, le point de départ des événements qu'a pris en compte le juge Lavergne semble être le moment où les trois jeunes hommes se sont levés à l'arrière de l'autobus pour se rendre à l'avant. Or, de l'avis du juge Martin, les événements ont plutôt débuté lorsque le chauffeur a refusé d'ouvrir les portes de l'autobus aux jeunes hommes pour les laisser monter à un arrêt précédent. Le juge Martin a également souligné qu'une fois les trois jeunes hommes sortis de l'autobus, le chauffeur a bondi de son siège et s'est dirigé vers la porte. Après un échange de propos, le chauffeur est retourné s'asseoir, suivi des jeunes hommes qui sont remontés dans l'autobus. À ce moment, le chauffeur s'est tourné vers eux et a exécuté un « certain geste physique envers un des individus » : par. 11. C'est à compter de ce moment-là, de dire le juge Martin, que la situation a dégénéré.

[142] It is true that Judge Lavergne did not state in his decision that the driver had refused to let the three young men board at a previous stop. The transcript from the initial hearing seems to indicate that this was not discussed by counsel of record. Judge Lavergne also did not refer to the physical action the driver had taken against the young men before they assaulted him. These details came from a statement made by a passenger, which was not given to counsel for the respondent until the morning of the hearing before Judge Lavergne. The investigating officer, who testified for the prosecution, referred to the passenger's statement, but this specific point was not mentioned. When cross-examining the investigating officer, counsel for the respondent did not bring up the passenger's statement. In light of my conclusions with respect to "new evidence" and of the fact that counsel did not receive the statement until the morning of the initial hearing, this fact could have constituted a reason that was legitimate and reasonable for not using it at that hearing but then doing so at a subsequent hearing.

[142] Il est vrai que, dans sa décision, le juge Lavergne n'a pas indiqué que le chauffeur avait refusé de prendre les trois jeunes hommes à un arrêt précédent. Les transcriptions de l'audience initiale semblent indiquer que cet élément n'a pas été discuté par les avocats au dossier. Le juge Lavergne n'a pas non plus fait état de geste physique posé par le chauffeur à l'endroit des jeunes hommes avant que ceux-ci ne l'agressent. C'est la déclaration d'un passager qui a fourni ces détails et celle-ci n'a été remise au procureur de l'intimé que le matin même de l'audience devant le juge Lavergne. La policière qui menait l'enquête, qui a témoigné pour la poursuite, s'est référée à la déclaration du passager, mais ce point précis n'a pas été mentionné. Lors du contre-interrogatoire de la policière, l'avocat de l'intimé n'a pas abordé la déclaration du passager. Compte tenu de mes conclusions antérieures sur la notion de « preuve nouvelle » et du fait que l'avocat n'avait reçu cette déclaration que le matin même de l'audience initiale, ce fait pouvait constituer une raison légitime et raisonnable de ne pas l'avoir utilisée lors de la première audience mais de l'avoir fait à une audience subséquente.

[143] However, it can be seen from the transcript of the second release hearing, held on completion of the preliminary inquiry, that counsel for the respondent submitted at that hearing that the bus driver had not stopped at a previous stop. Counsel also observed that, after being spat at, the driver had spoken aggressively to the three young men and had allegedly pushed the first of the young men who had gotten back on the bus. Counsel for the respondent then filed the passenger's statement in evidence.

[143] Or, la transcription de la seconde audience relative à la mise en liberté, tenue à la fin de l'enquête préliminaire, démontre que l'avocat de l'intimé a plaidé que le chauffeur d'autobus ne s'était pas arrêté à un arrêt précédent. L'avocat a en outre souligné que, à la suite des crachats, le chauffeur était allé parler aux trois jeunes hommes sur un ton agressif et qu'il aurait repoussé le premier des jeunes hommes qui a remonté dans l'autobus. La déclaration du passager a alors été déposée en preuve par l'avocat de l'intimé.

[144] In the decision he rendered following the preliminary inquiry, Judge Legault noted that the young men had complained to the driver for not waiting for them at a previous stop. He also observed that, when the young men had gotten off the bus throwing what remained of their pizza at him and spitting at him, the driver had gone to the door of the bus to object to their behaviour.

[144] Dans la décision qu'il a rendue au terme de l'enquête préliminaire, le juge Legault a noté que les jeunes reprochaient au chauffeur de ne pas les avoir attendus à un arrêt précédent. Il a aussi fait observer que, lorsque les jeunes sont sortis en lui lançant les restants de pizza ou en crachant sur lui, le chauffeur est alors allé à la porte de l'autobus pour leur reprocher leur comportement.

[145] Judge Legault nevertheless found that the detention of the respondent was still justified under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*:

[TRANSLATION] The Court sees no reason to interfere with Judge Lavergne's observations on the third ground, which concerns confidence in the administration of justice, having regard to all the factors, namely the likelihood of conviction, the circumstances surrounding the commission of the offence, the gravity of the offence, which is even greater because of the serious consequences for the personal life and work of the accused, the lack of prospects for independence in the future and, finally, the fact that the accused is liable for a potentially lengthy term of imprisonment.

. . .

The Court is not of the opinion that it has evidence that would allow it to qualify or temper the judge's findings concerning the aggravating factors involved in the significant participation of the accused in the offence that was committed. [paras. 26 and 30]

[146] Thus, no new facts were presented to Martin J. in the context of the application for review. Judge Lavergne may not have had all the elements of the incident before him at the initial hearing, but Judge Legault did have them on completion of the preliminary inquiry. He found that the new details in the sequence of events did not alter Judge Lavergne's initial conclusion.

[147] It is true that, in his decision, Judge Legault did not mention the [TRANSLATION] "physical action" taken by the driver to which the Superior Court judge referred. However, it can be seen from the evidence that Judge Legault was aware of that fact. It must be assumed that he considered it in making his decision. "The judge is not required to demonstrate that he or she knows the law [or] has considered all aspects of the evidence": *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664. I do not think this is a case in which the judge failed to appreciate, or completely disregarded, relevant evidence: *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, at p. 14. In light of all the relevant circumstances, the driver's action could not in itself have tipped the balance in the respondent's favour.

[145] Le juge Legault a néanmoins conclu que la détention de l'intimé était toujours justifiée en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* :

Le tribunal ne trouve aucune raison d'intervenir avec les observations du juge Lavergne sur le troisième motif qui touche à la confiance du public dans l'administration de la justice en tenant compte de tous ces facteurs que sont la probabilité de condamnation, les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, la gravité encore plus élevée en raison des conséquences lourdes dans la vie personnelle et le travail de l'accusé, l'absence de perspectives d'autonomie dorénavant et enfin le fait que l'accusé encoure une peine longue d'emprisonnement.

. . .

Le tribunal ne considère pas qu'il a en sa possession des preuves qui lui permettent de nuancer ou d'adoucir les constats du juge sur les facteurs aggravants de la participation importante de l'accusé à l'infraction commise. [par. 26 et 30]

[146] En conséquence, aucun fait nouveau n'a été présenté au juge Martin à l'occasion de la demande de révision. Si le juge Lavergne n'avait pas tous les éléments de l'incident devant lui lors de l'audience initiale, le juge Legault, lui, les avait à la fin de l'enquête préliminaire. Il a conclu que ces détails de la chronologie des événements ne changeaient pas la conclusion initiale du juge Lavergne.

[147] Il est vrai que, dans sa décision, le juge Legault n'a pas mentionné le « geste physique » qu'a posé le chauffeur et dont fait état le juge de la Cour supérieure. La preuve démontre toutefois que le juge Legault a eu connaissance de cet élément. Il faut supposer qu'il en a tenu compte dans sa décision. « Le juge n'est pas tenu de démontrer qu'il connaît le droit [ou] qu'il a tenu compte de tous les aspects de la preuve » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664. Je ne crois pas que l'on soit en présence d'une omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents ou d'un cas où le juge en a fait entièrement abstraction : *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, p. 14. Compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, le geste physique du chauffeur, à lui seul, ne pouvait faire pencher la balance en faveur de l'intimé.

[148] It was therefore not open to Martin J. to review the initial detention order on the basis of new facts.

(2) Question Whether the Alleged Crime Is "Unexplainable"

[149] Judge Lavergne began by properly identifying the test set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, as can be seen from the following comment:

[TRANSLATION] But above all, this provision, s. 515(10)(c) of the Criminal Code, essentially calls for an analysis of whether, at the end of the day, after all the circumstances are considered, including the four (4) factors I have already mentioned, there is a reasonable collective expectation that interim release must be denied to maintain public confidence in the administration of justice. [Emphasis added; pp. 18-19.]

[150] Judge Lavergne also stated that [TRANSLATION] "[t]he public means persons who are reasonable, dispassionate and properly informed about the values expressed in legislation, including the presumption of innocence . . . but who are also informed about all the circumstances associated with the commission of a crime": p. 19. This statement is perfectly consistent with this Court's decision in *Hall*. Judge Lavergne added that the onus was on the prosecutor to show that the detention of the accused was justified.

[151] It is true that Judge Lavergne did not elaborate on his finding that the prosecution had discharged its burden of proof under s. 515(10)(*c*) in this case. However, when considered as a whole, his decision was detailed enough for a reviewing judge to be able to understand the grounds on which he had based his detention order. He referred to the first three factors, which he had already discussed in the context of s. 515(10)(*b*). On the fourth factor, he stated that the accused was liable for a potentially [TRANSLATION] "significant" term. In his analysis under s. 515(10)(*b*), Judge Lavergne considered the following circumstances surrounding the offence: (1) the three young men had allegedly shouted abuse and insults at the driver during the bus ride; (2) they had spat at him when getting off the bus; (3) the driver had then stood up and gone to the door and

[148] En conséquence, le juge Martin ne pouvait réviser l'ordonnance initiale de détention sur la base de faits nouveaux.

(2) Le caractère « inexplicable » du crime reproché

[149] Le juge Lavergne a d'abord bien cerné le test édicté à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, comme en témoignent les propos suivants :

Mais surtout, surtout, essentiellement, cette disposition de l'article 515.10c) du Code criminel induit à analyser si, au bout du compte, après considération de toutes les circonstances, dont les quatre (4) facteurs que j'ai mentionnés précédemment, il existe une expectative collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. [Je souligne; p. 18-19.]

[150] Le juge Lavergne a aussi précisé que « [l]e public réfère à la personne raisonnable, objective, bien informée des valeurs véhiculées par les lois, notamment la présomption d'innocence [. . .] mais informée aussi de toutes les circonstances qui marquent la perpétration d'un crime » : p. 19. Cet énoncé est tout à fait conforme à l'arrêt *Hall* de notre Cour. Le juge Lavergne a ajouté qu'il incombait au poursuivant de démontrer que la détention de l'accusé était justifiée.

[151] Certes, le juge Lavergne n'a pas développé sa conclusion selon laquelle, en l'espèce, la poursuite s'était acquittée de son fardeau de preuve en vertu de l'al. 515(10)*c*). Mais, considérée dans son ensemble, sa décision est suffisamment détaillée pour qu'un juge agissant en révision puisse dégager les motifs sur lesquels il a fondé son ordonnance de détention. Il s'est référé aux trois premiers facteurs, qu'il avait déjà examinés lors de son analyse sous l'al. 515(10)*b*), et, relativement au quatrième facteur, il a affirmé que l'accusé encourait une peine « significative ». Dans son analyse fondée sur l'al. *b*), le juge Lavergne a tenu compte des circonstances suivantes entourant l'infraction : (1) durant le trajet d'autobus, les trois jeunes hommes auraient invectivé et injurié le chauffeur; (2) lorsqu'ils sont sortis de l'autobus, ils ont

had, in all likelihood, said something to the young men; and (4) the young men had gotten back on the bus, rushed at the driver and beat him severely. Judge Lavergne also noted that the respondent had been an active participant and that the existence of the videotape meant that a conviction was highly likely.

[152] Judge Lavergne repeatedly stressed the brutality and gratuitousness of the assault as well as the fact that it was unexplainable and unexplained:

[TRANSLATION] [The video footage] illustrates the brutality of the assault, which is matched only by its gratuitousness.

. . .

The Court will refrain [from describing such conduct] except to again emphasize the unexplainable and unexplained brutality of such behaviour.

. . .

The defendant and the driver do not know each other, which makes this even more incomprehensible. There was nothing to predispose the defendant to attack the driver so violently, which makes the assault that much more senseless and heinous.

. . .

Conduct as unpredictable and disturbing as this does not weigh in favour of release. [pp. 2, 9-10 and 14-15]

[153] Judge Lavergne's reasons may suggest that the fact that the assault was gratuitous or unexplainable played a key part in his conclusion that the detention of the respondent was necessary under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, and not only under s. 515(10)(*b*). As I mentioned above, however, the question whether an offence is unexplainable or unexplained is not a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*

craché dans sa direction; (3) le chauffeur s'est alors levé, s'est rendu au seuil de la porte et, selon toute vraisemblance, il se serait adressé aux jeunes hommes; (4) ceux-ci sont revenus dans l'autobus, se sont rués sur le chauffeur et l'ont battu violemment. Le juge a aussi noté la participation active de l'intimé et la probabilité élevée d'une déclaration de culpabilité en raison de l'existence de la bande vidéo.

[152] À plusieurs reprises, le juge Lavergne a souligné la brutalité et la gratuité de l'agression, ainsi que son caractère inexplicable et inexpliqué :

[Les images du système vidéo] illustrent la brutalité de l'agression qui n'a d'égale que sa gratuité.

. . .

Le Tribunal [s'abstiendra de qualifier une pareille conduite], si ce n'est que de souligner de nouveau la brutalité inexplicable et inexpliquée d'un tel comportement.

. . .

Le défendeur et le chauffeur ne se connaissent pas; ce qui ajoute à l'incompréhensible. Rien ne prédisposait à ce que le défendeur s'en prenne aussi violemment au chauffeur; ce qui ajoute à la déraison comme à l'odieux de l'agression.

. . .

Une conduite aussi imprévisible et inquiétante ne milite pas en faveur d'une remise en liberté. [p. 2, 9-10 et 14-15]

[153] Les motifs du juge Lavergne peuvent laisser croire que le caractère gratuit ou inexplicable de l'agression a joué un rôle de premier plan dans sa conclusion que la détention de l'intimé était nécessaire en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, et non seulement en vertu de l'al. 515(10)*b*). Or, comme je l'ai mentionné précédemment, le caractère inexplicable ou inexpliqué d'une infraction n'est pas un critère qui devrait guider le juge dans son analyse en vertu de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*

[154] In any event, there is no doubt that Martin J. made the crime being "explainable" a criterion in his analysis, in addition to unduly restricting the scope of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* After finding that Judge Lavergne had not had all the circumstances before him at the initial hearing, Martin J. wrote that this was not a totally gratuitous and unexplained or unexplainable incident. He then reviewed the history of s. 515(10) *Cr. C.* and the case law on s. 515(10)(*c*), finding that the latter provision had to be used [TRANSLATION] "sparingly": para. 22.

[155] Martin J. disagreed with the view that the incident was unexplainable. He added:

[TRANSLATION] Do not misunderstand me. Such behaviour is heinous and cannot be justified. However, it is not unexplainable. [para. 27]

[156] I note as well that Martin J. quoted, with approval, *Trout*, in which the Manitoba Court of Appeal had found that the facts of the case before it, though brutal, "pale[d] in comparison to the vicious butchering of the victim in *Hall*": para. 26, quoting *Trout*, at para. 12.

[157] With all due respect for the reviewing judge, I believe he erred in stating that s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* must be interpreted narrowly and applied only in rare cases. In addition, the offence being "explainable" proved to be a determinative factor in his decision, although he did properly recognize the seriousness of the offence and its [TRANSLATION] "heinous" and "repugnant" nature. Moreover, he reversed the decisions of Judge Lavergne and Judge Legault without even considering the four factors set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* Martin J. therefore made several errors that justify reviewing his entire decision.

[158] Finally, Martin J. intervened even though there was no basis for a review, given that there was no material change in circumstances and no error

[154] En tout état de cause, pour sa part, le juge Martin a sans aucun doute fait du caractère « explicable » du crime un critère d'analyse, en plus d'avoir restreint indûment la portée de l'al. 515(10) *c*) *C. cr.* Après avoir conclu que le juge Lavergne n'avait pas toutes les circonstances devant lui lors de l'audience initiale, le juge Martin a écrit qu'il ne s'agissait pas d'un incident tout à fait gratuit et inexpliqué ou inexplicable. Le juge Martin a ensuite analysé l'historique du par. 515(10) *C. cr.* et la jurisprudence portant sur l'al. *c*), et il a conclu que cette disposition devait être appliquée « avec parcimonie » : par. 22.

[155] Puis, le juge Martin a déclaré qu'il n'était pas d'accord que l'incident soit inexplicable. Il a ajouté :

Je ne dois pas être mal compris. Un tel comportement est odieux et ne peut être justifié. Il n'est cependant pas inexplicable. [par. 27]

[156] Je signale également que le juge Martin a cité avec approbation l'arrêt *Trout* dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a conclu que, bien que brutaux, les faits de l'affaire dont elle était saisie [TRADUCTION] « faisaient pâle figure face à la mutilation violente de la victime dans *Hall* » : par. 26, citant *Trout*, par. 12.

[157] Avec égards pour l'opinion exprimée par le juge réviseur, je suis d'avis que ce dernier a fait erreur en déclarant que l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* devait être interprété restrictivement et n'être appliqué qu'en de rares occasions. De plus, le caractère « explicable » de l'infraction s'est révélé être un critère déterminant dans la décision du juge Martin, ce dernier ayant par ailleurs valablement reconnu le sérieux de l'infraction ainsi que son caractère « odieux » et « répugnant ». De surcroît, le juge a infirmé les décisions des juges Lavergne et Legault sans même analyser les quatre facteurs énoncés à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* Le juge Martin a donc commis plusieurs erreurs qui justifient de réviser l'ensemble de sa décision.

[158] Enfin, le juge est intervenu alors qu'il n'y avait pas matière à révision, vu l'absence de changement important de circonstances et d'erreur de

of law, and that the initial decision was not clearly inappropriate. Indeed, in my opinion, the detention of the respondent was justified under s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*

(3) Necessity of the Respondent's Detention

[159] All the relevant factors in this case must be analyzed to determine whether, when they are balanced as they should have been had it not been for the errors, the detention of the respondent is necessary to maintain confidence in the administration of justice.

[160] First of all, the prosecution's case appears to be strong, since the incident was videotaped and there is eyewitness testimony. Real evidence such as a videotape is more reliable than circumstantial or testimonial evidence. In addition, the respondent does not seem, *prima facie*, to have a valid defence to put forward, even if the driver's [TRANSLATION] "physical action" against the respondent and his co-accused were to be taken into account. Indeed, the respondent did not argue in this Court that he had a valid defence that could limit the apparent strength of the prosecution's case. Although it is not my role — nor is it the role of a bail judge — to analyze in detail the possible outcomes of a future trial, it is difficult to imagine, at first glance, how self-defence could be available to the respondent. At this stage of the proceedings, the evidence does not logically support an argument by the respondent that he used reasonable force to defend or protect himself or to protect another person, or that the act he committed was reasonable in the circumstances: s. 34 *Cr. C.* It should also be noted that the defence of provocation is not available, given that it applies only to reduce a murder charge: s. 232 *Cr. C.*

[161] The offence is objectively very serious, since it is aggravated assault and since the maximum sentence of 14 years for that offence is among the most severe in the *Criminal Code* after imprisonment for life: para. 268(2).

droit, et le fait que la décision initiale n'était pas manifestement inappropriée. En effet, la détention de l'intimé était à mon avis justifiée au regard de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*

(3) La nécessité de la détention de l'intimé

[159] Il faut analyser tous les éléments pertinents en l'espèce afin de déterminer si la pondération de ceux-ci, telle qu'elle aurait dû être effectuée n'eût été des erreurs, rend la détention de l'intimé nécessaire afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[160] D'abord, l'accusation paraît fondée, puisque la scène a été captée sur bande vidéo et que des témoins oculaires ont déposé. Un élément matériel de preuve telle une bande vidéo présente une fiabilité supérieure à celle de la preuve circonstancielle ou testimoniale. Ensuite, l'intimé ne semble pas à première vue avoir un moyen de défense valable à faire valoir, et ce, même si l'on tenait compte du « geste physique » du chauffeur envers l'intimé et ses coaccusés. Il n'a d'ailleurs pas plaidé devant notre Cour qu'il disposait d'une défense valable de nature à mitiger l'apparence de fondement de l'accusation. Bien que ce ne soit pas mon rôle — ni celui du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution d'un accusé — d'analyser en détail les issues possibles d'un éventuel procès, il est difficile d'imaginer de prime abord comment l'intimé pourrait invoquer la légitime défense. À ce stade-ci des procédures, la preuve ne permet pas en toute logique à l'intimé de plaider qu'il a utilisé la force raisonnable pour se défendre ou pour se protéger ou protéger une autre personne, ni qu'il a agi raisonnablement dans les circonstances : art. 34 *C. cr.* Rappelons aussi que la défense de provocation ne peut être invoquée, étant donné qu'elle est admise seulement pour réduire une accusation de meurtre : art. 232 *C. cr.*

[161] L'infraction est objectivement très sérieuse, car il s'agit de voies de fait graves et que la peine maximale de 14 ans qui est prévue est parmi les plus sévères du *Code criminel*, après l'emprisonnement à perpétuité : par. 268(2).

[162] As for the circumstances surrounding the commission of the offence, I am considering the fact that the respondent was an active participant in the assault and that the assault was extremely brutal: even the intervention of passengers could not put a quick stop to it. The fact that an offence is violent, brutal or heinous is clearly an important factor that a justice can consider. The fact that the driver had refused to wait for the young men at a previous stop is of no relevance in this analysis. Moreover, I have difficulty seeing why the physical action the driver allegedly took — pushing a friend of the respondent's — should even be considered to favour the respondent in light of the insults and threats directed at him during the ride.

[163] Finally, the maximum sentence for aggravated assault is 14 years. If the respondent were instead convicted of assault causing bodily harm, the maximum sentence would be 10 years: s. 267(*b*) *Cr. C.* Neither offence carries a minimum sentence. Courts have held that [TRANSLATION] "this type of crime, aggravated assault, generally demands an unconditional term of imprisonment to properly express society's denunciation of crimes of violence against the person and to send a clear message of deterrence": *R. v. Dagenais*, 2012 QCCA 244, at para. 18 (CanLII); *R. v. Riendeau*, 2012 QCCA 1155, at para. 32; see also C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at § 23.230. Even though the respondent had no criminal record and was only 20 years old at the time of the events, he will, if convicted, likely be sentenced to a significant term of imprisonment in light of the circumstances of the offence, and in particular of his active participation in and the violent nature of the assault. Therefore, there is no doubt that he is liable for a potentially "lengthy term of imprisonment" within the meaning of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* if he is convicted of either aggravated assault or assault causing bodily harm.

[164] Accordingly, the four circumstances set out in s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* strongly support the detention of the respondent.

[162] En ce qui concerne les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, je prends en considération que l'intimé a participé activement à l'agression et que celle-ci a été des plus brutales : même l'intervention de passagers n'a pas réussi à y mettre fin rapidement. Le caractère violent, brutal ou odieux d'une infraction est sans aucun doute un critère important dont le juge peut tenir compte. D'une part, le fait que le chauffeur ait refusé d'attendre les jeunes hommes à un arrêt précédent n'a aucune pertinence dans l'analyse entreprise. D'autre part, je vois difficilement comment le geste physique que le chauffeur aurait posé — soit de repousser un ami de l'intimé — devrait être considéré en faveur de l'intimé, à la lumière des injures et menaces dirigées à son endroit lors du trajet.

[163] Enfin, la peine maximale pour voies de fait graves est de 14 ans. Si l'intimé était plutôt reconnu coupable de voies de fait avec lésions, la peine maximale serait alors de 10 ans : al. 267*b*) *C. cr.* Les deux infractions ne comportent pas de peine minimale. Des tribunaux ont déjà jugé que « ce genre de crime, voies de fait graves, commande généralement une peine d'emprisonnement ferme pour bien démontrer la réprobation de la société à l'égard des crimes violents contre la personne et pour envoyer un message clair de dissuasion » : *R. c. Dagenais*, 2012 QCCA 244, par. 18 (CanLII); *R. c. Riendeau*, 2012 QCCA 1155, par. 32; voir aussi C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), § 23.230. Même si l'intimé n'avait aucun antécédent criminel et n'était âgé que de 20 ans au moment des faits, il est vraisemblable qu'il recevra une lourde peine d'emprisonnement s'il est reconnu coupable compte tenu des circonstances de l'infraction, en particulier sa participation active à l'agression et le caractère violent de celle-ci. Ainsi, dans son cas, il ne fait pas de doute qu'il encourt une « longue peine d'emprisonnement » au sens de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, qu'il soit déclaré coupable de l'infraction de voies de fait graves ou de celle de voies de fait avec lésions.

[164] Les quatre circonstances énoncées à l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* militent donc fortement en faveur de la détention de l'intimé.

[165] In my view, the fact that the assault was committed against a bus driver, a civil servant who works in the community to ensure the well-being of the public, makes the offence even more heinous. Also relevant are the nature and severity of the injuries sustained by the driver, and in particular the long-term effects and the impact on his career and his personal life.

[166] In short, I find that, when all the relevant circumstances are weighed as required by s. 515(10)(*c*) *Cr. C.*, the detention of the respondent was necessary to maintain confidence in the administration of justice.

[167] I believe that a reasonable member of the public who, although not a legal expert, is nonetheless properly informed about the philosophy underlying the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case would not understand why the respondent should not remain in custody pending his trial. Such members of the public are not people who would allow themselves to be guided by their emotions and to be swayed by the mob or by incomplete or distorted information. In the face of such a brutal attack that was committed by several people in the middle of the night against a bus driver, a person who was serving the community, and that had serious consequences for the victim's health and integrity and was captured on a videotape that left no doubt as to the respondent's active participation in the assault, I believe that the confidence in our justice system of a reasonable member of our society would be undermined if the interim detention of the respondent were not ordered.

V. Disposition

[168] I would allow the appeal. It was not open to the Superior Court judge to interfere with the initial release decision, and he unduly restricted the scope of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* and erred in basing his decision on the question whether that the offence was "unexplainable". The detention of the

[165] Je considère également que le fait d'agresser un chauffeur d'autobus, un représentant des services publics qui travaille directement au bien-être de la population au sein de celle-ci, ajoute à l'odieux de l'infraction. La nature et la gravité des blessures qu'il a subies sont également pertinentes, particulièrement les séquelles à long terme, ainsi que les répercussions sur sa carrière et sa vie personnelle.

[166] En somme, je conclus que la pondération de toutes les circonstances pertinentes, comme le requiert l'al. 515(10)*c*) *C. cr.*, rendait nécessaire la détention de l'intimé afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[167] À mon avis, un membre raisonnable du public qui, sans être juriste, est néanmoins bien informé de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire, ne comprendrait pas pourquoi l'intimé ne doit pas demeurer incarcéré en attendant son procès. Ce membre du public n'est pas une personne qui se laisse guider par ses émotions et qui se laisserait influencer par un mouvement de vindicte populaire ou par des informations incomplètes ou déformées. Devant une attaque aussi brutale commise en pleine nuit par plusieurs personnes contre un chauffeur d'autobus, une personne au service de la communauté, qui a entraîné de lourdes conséquences sur la santé et l'intégrité de la victime et qui a été captée sur une bande vidéo montrant indubitablement la participation active de l'intimé à l'agression, j'estime que la confiance d'un membre raisonnable de notre société envers notre système de justice serait minée si la détention provisoire de l'intimé n'était pas ordonnée.

V. Dispositif

[168] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Le juge de la Cour supérieure ne pouvait intervenir à l'égard de la décision initiale sur la mise en liberté, et il a indûment restreint la portée de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* et a erronément fondé sa décision sur le caractère « explicable » de l'infraction. La détention

respondent is justified on the basis of s. 515(10)(*c*) *Cr. C.* The detention order is accordingly restored.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

515. . . .

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

(*a*) where the detention is necessary to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law;

(*b*) where the detention is necessary for the protection or safety of the public, including any victim of or witness to the offence, or any person under the age of 18 years, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(*c*) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

(i) the apparent strength of the prosecution's case,

(ii) the gravity of the offence,

(iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and

(iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

517. (1) If the prosecutor or the accused intends to show cause under section 515, he or she shall so state to the justice and the justice may, and shall on application by the accused, before or at any time during the course of the proceedings under that section, make an order directing that the evidence taken, the information given or the representations made and the reasons, if any, given or

de l'intimé est justifiée au regard de l'al. 515(10)*c*) *C. cr.* L'ordonnance de détention est donc rétablie.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

515. . . .

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction ou celle des personnes âgées de moins de dix-huit ans, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

(i) le fait que l'accusation paraît fondée,

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

517. (1) Si le poursuivant ou le prévenu déclare son intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l'article 515 au juge de paix, celui-ci peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures engagées en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les

to be given by the justice shall not be published in any document, or broadcast or transmitted in any way before such time as

. . .

(*b*) if the accused in respect of whom the proceedings are held is tried or ordered to stand trial, the trial is ended.

520. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(2), (5), (6), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(*b*), the accused may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

(2) An application under this section shall not, unless the prosecutor otherwise consents, be heard by a judge unless the accused has given to the prosecutor at least two clear days notice in writing of the application.

(3) If the judge so orders or the prosecutor or the accused or his counsel so requests, the accused shall be present at the hearing of an application under this section and, where the accused is in custody, the judge may order, in writing, the person having the custody of the accused to bring him before the court.

(4) A judge may, before or at any time during the hearing of an application under this section, on application by the prosecutor or the accused, adjourn the proceedings, but if the accused is in custody no adjournment shall be for more than three clear days except with the consent of the accused.

(5) Where an accused, other than an accused who is in custody, has been ordered by a judge to be present at the hearing of an application under this section and does not attend the hearing, the judge may issue a warrant for the arrest of the accused.

(6) A warrant issued under subsection (5) may be executed anywhere in Canada.

(7) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

(*a*) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,

observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient ni publiés ni diffusés de quelque façon que ce soit :

. . .

b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

520. (1) Le prévenu peut, en tout temps avant son procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(2), (5), (6), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)*b*).

(2) Une demande en vertu du présent article ne peut, sauf si le poursuivant y consent, être entendue par un juge, à moins que le prévenu n'ait donné par écrit au poursuivant un préavis de la demande de deux jours francs au moins.

(3) Si le juge l'ordonne ou si le poursuivant, le prévenu ou son avocat le demande, le prévenu doit être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et, lorsque le prévenu est sous garde, le juge peut ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du prévenu, de l'amener devant le tribunal.

(4) Un juge peut, avant le début de l'audition d'une demande en vertu du présent article ou à tout moment au cours de cette audition, ajourner les procédures sur demande du poursuivant ou du prévenu, mais si le prévenu est sous garde, un tel ajournement ne peut jamais être de plus de trois jours francs sauf avec le consentement du prévenu.

(5) Lorsqu'un prévenu, autre qu'un prévenu qui est sous garde, a reçu d'un juge l'ordre d'être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et n'est pas présent à l'audition, le juge peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu.

(6) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (5) peut être exécuté n'importe où au Canada.

(7) Lors de l'audition d'une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

a) la transcription, s'il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l'ordonnance rendue par le juge de paix;

(*b*) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and

(*c*) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the accused or the prosecutor,

and shall either

(*d*) dismiss the application, or

(*e*) if the accused shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers is warranted.

(8) Where an application under this section or section 521 has been heard, a further or other application under this section or section 521 shall not be made with respect to that same accused, except with leave of a judge, prior to the expiration of thirty days from the date of the decision of the judge who heard the previous application.

(9) The provisions of sections 517, 518 and 519 apply with such modifications as the circumstances require in respect of an application under this section.

521. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(1), (2), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(*b*), the prosecutor may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

(2) An application under this section shall not be heard by a judge unless the prosecutor has given to the accused at least two clear days notice in writing of the application.

(3) If the judge so orders or the prosecutor or the accused or his counsel so requests, the accused shall be present at the hearing of an application under this section and, where the accused is in custody, the judge may order, in writing, the person having the custody of the accused to bring him before the court.

(4) A judge may, before or at any time during the hearing of an application under this section, on application of the prosecutor or the accused, adjourn the proceedings, but if the accused is in custody no adjournment shall be for more than three clear days except with the consent of the accused.

b) les pièces, s'il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;

c) les autres preuves ou pièces que le prévenu ou le poursuivant peuvent présenter,

et il doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le prévenu fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

(8) Lorsqu'une demande en vertu du présent article ou de l'article 521 a été entendue, il ne peut être fait de nouvelle demande ou d'autre demande en vertu du présent article ou de l'article 521 relativement au même prévenu, sauf avec l'autorisation d'un juge, avant l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la date de la décision du juge qui a entendu la demande précédente.

(9) Les articles 517, 518 et 519 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'égard d'une demande en vertu du présent article.

521. (1) Le poursuivant peut, en tout temps avant le procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(1), (2), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)*b*).

(2) Une demande en vertu du présent article ne peut être entendue par un juge à moins que le poursuivant n'ait donné par écrit au prévenu un préavis de la demande de deux jours francs au moins.

(3) Si le juge l'ordonne ou si le poursuivant, le prévenu ou son avocat le demande, le prévenu doit être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et, lorsque le prévenu est sous garde, le juge peut ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du prévenu, de l'amener devant le tribunal.

(4) Un juge peut, avant le début de l'audition d'une demande en vertu du présent article ou à tout moment au cours de cette audition, ajourner les procédures sur demande du poursuivant ou du prévenu, mais si le prévenu est sous garde, un tel ajournement ne peut jamais être de plus de trois jours francs sauf avec le consentement du prévenu.

(5) Where an accused, other than an accused who is in custody, has been ordered by a judge to be present at the hearing of an application under this section and does not attend the hearing, the judge may issue a warrant for the arrest of the accused.

(6) Where, pursuant to paragraph (8)(*e*), the judge makes an order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law, he shall, if the accused is not in custody, issue a warrant for the committal of the accused.

(7) A warrant issued under subsection (5) or (6) may be executed anywhere in Canada.

(8) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

(*a*) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,

(*b*) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and

(*c*) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the prosecutor or the accused,

and shall either

(*d*) dismiss the application, or

(*e*) if the prosecutor shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers to be warranted.

(9) Where an application under this section or section 520 has been heard, a further or other application under this section or section 520 shall not be made with respect to the same accused, except with leave of a judge, prior to the expiration of thirty days from the date of the decision of the judge who heard the previous application.

(10) The provisions of sections 517, 518 and 519 apply with such modifications as the circumstances require in respect of an application under this section.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

(5) Lorsqu'un prévenu, autre qu'un prévenu qui est sous garde, a reçu d'un juge l'ordre d'être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et n'est pas présent à l'audition, le juge peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu.

(6) Lorsque, en application de l'alinéa (8)*e*), le juge rend une ordonnance enjoignant que le prévenu soit détenu sous garde jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi, il décerne, si le prévenu n'est pas sous garde, un mandat de dépôt pour l'internement du prévenu.

(7) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (5) ou (6) peut être exécuté n'importe où au Canada.

(8) Lors de l'audition d'une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

a) la transcription, s'il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l'ordonnance rendue par le juge de paix;

b) les pièces, s'il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;

c) les autres preuves ou pièces que le poursuivant ou le prévenu peuvent présenter,

et il doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

(9) Lorsqu'une demande en vertu du présent article ou de l'article 520 a été entendue, il ne peut être fait de nouvelle demande ou d'autre demande en vertu du présent article ou de l'article 520 relativement au même prévenu, sauf avec l'autorisation d'un juge, avant l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la date de la décision du juge qui a entendu la demande précédente.

(10) Les articles 517, 518 et 519 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'égard d'une demande en vertu du présent article.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: André Lapointe, Montréal; Guylaine Tardif, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): John Norris, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intimé : André Lapointe, Montréal; Guylaine Tardif, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : John Norris, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clifford Kokopenace *Respondent*

and

Advocates' Society, Nishnawbe Aski Nation, David Asper Centre for Constitutional Rights, Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Native Women's Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clifford Kokopenace *Intimé*

et

Advocates' Society, Nation Nishnawbe Aski, David Asper Centre for Constitutional Rights, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Kokopenace

2015 SCC 28

File No.: 35475.

2014: October 6; 2015: May 21.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

Répertorié : R. *c.* Kokopenace

2015 CSC 28

N° du greffe : 35475.

2014 : 6 octobre; 2015 : 21 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to a fair hearing — Right to trial by jury — Jury representativeness — Definition — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — What is the appropriate legal test for representativeness — Whether state met its representativeness obligation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Représentativité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de son obligation de représentativité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury

Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

The accused, an Aboriginal man from a First Nation reserve, was charged with second degree murder and convicted of manslaughter after a trial by judge and jury. Prior to sentencing, the accused's counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in the accused's case. The trial judge refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal, where fresh evidence was introduced regarding the efforts made by the province in preparing the jury rolls for the district. The Court of Appeal was satisfied that the accused received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of bias or partiality. However, the majority held that the accused's ss. 11(*d*) and 11(*f*) *Charter* rights had been violated and ordered a new trial. All three judges rejected the accused's s. 15 *Charter* claims.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed. The order for a new trial is set aside and the conviction is reinstated.

Per Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Representativeness is an important feature of our jury system, but its meaning is circumscribed. What is required is a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. With respect to the jury roll, representativeness focuses on the process used to compile it, not its ultimate composition.

To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and an accused's *Charter* right to a

pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

L'accusé, un Autochtone habitant la réserve d'une Première Nation, a été accusé de meurtre au deuxième degré et reconnu coupable d'homicide involontaire coupable au terme d'un procès devant juge et jury. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat de l'accusé a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de l'accusé. Le juge du procès a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel, où de nouveaux éléments de preuve ont été présentés relativement aux mesures que la province avait prises pour dresser les listes de jurés du district. La Cour d'appel était convaincue que l'accusé avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* avaient été violés et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon : La représentativité est un aspect important de notre système de jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Pour ce qui est de la liste des jurés, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour la dresser, et non sur sa composition finale.

Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la

representative jury will be respected. This process aims to ensure that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury, and it seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population.

Jury representativeness is captured by both ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*, but it plays a different role in these two guarantees.

The role of representativeness under s. 11(*d*) is limited to its effect on independence and impartiality. A problem with representativeness that does not undermine these concepts will not violate s. 11(*d*).

The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(*d*). Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(*d*) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level. This may occur in two ways: the deliberate exclusion of a particular group, or efforts in compiling the jury roll that are so deficient as to create an appearance of partiality. However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(*d*).

The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

The role of representativeness in s. 11(*f*) is broader: it not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury's role as the "conscience of the community" and promotes public trust in the criminal justice system. This broader role creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(*d*), its absence will automatically undermine the s. 11(*f*) right to a trial by jury.

If the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate an accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the

liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury et à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population.

La représentativité du jury relève à la fois de l'al. 11*d*) et de l'al. 11*f*) de la *Charte*, mais elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties.

Le rôle que joue la représentativité dans l'application de l'al. 11*d*) se limite à son incidence sur l'indépendance et l'impartialité. Le problème de représentativité qui ne mine pas ces notions n'emportera pas violation de l'al. 11*d*).

Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de l'al. 11*d*). Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11*d*) si la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique. Cela peut se produire de deux façons : un groupe en particulier est exclu délibérément ou les efforts déployés pour dresser la liste des jurés laissent à désirer au point de créer une apparence de partialité. Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11*d*).

La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

La représentativité joue un rôle élargi dans l'application de l'al. 11*f*) : non seulement favorise-t-elle l'impartialité, mais elle confère également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale. Ce rôle élargi crée une différence importante : bien qu'un problème de représentativité n'emporte pas nécessairement violation de l'al. 11*d*), l'absence de représentativité mine automatiquement le droit, reconnu par l'al. 11*f*), à un procès avec jury.

Si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés

state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether an accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll. The province was therefore not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. An accused's representativeness right is not the appropriate mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally.

There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Requiring a jury roll to proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. There are an infinite number of characteristics that one might consider should be represented, and even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents them. A proportionate representation requirement would also do away with well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would be left with an inquisition into prospective jurors' backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. Such an approach would be unworkable and would spell the end of our jury system as we presently know it.

The province met its representativeness obligation in this case. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, the province's efforts to include Aboriginal on-reserve

par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

La représentativité ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés. La province n'était donc pas obligée de remédier aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Le droit de l'accusé à la représentativité ne constitue pas le bon moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général.

Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Il existe un nombre infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées et, même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui les représente entièrement. Exiger une représentation proportionnelle reviendrait aussi à écarter des principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l'obligation pour l'État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Une telle approche serait inapplicable et entraînerait la disparition de notre système de jury dans sa forme actuelle.

La province s'est acquittée de son obligation de représentativité en l'espèce. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Appréciés en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les

residents in the jury process were reasonable. Accordingly, there was no violation of ss. 11(*d*) or 11(*f*) of the *Charter*. Although the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system is a serious policy concern that merits attention, the accused's ss. 11(*d*) and 11(*f*) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to address this concern.

The accused's claims based on s. 15 of the *Charter* must also be dismissed. With respect to his personal s. 15 claim, the accused has not clearly articulated a disadvantage. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, it cannot be granted because the accused may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors.

Per Karakatsanis J.: Fair trial rights under s. 11 of the *Charter* entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

Representativeness does not require a jury roll to mirror what a random sample from the community would look like. Adopting such an identity-based approach would mark a significant departure from both Canadian jurisprudence and experience. Jury representativeness is aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. This right has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury acts on behalf of, and thus represents, society. It is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community.

The representative function of the jury is assured by the use of a fair and random selection process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately

efforts déployés par la province pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés étaient raisonnables. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des al. 11*d*) ou 11*f*) de la *Charte*. Bien que le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury soit une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu'on s'y attarde, les droits garantis à l'accusé par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation.

Il faut aussi rejeter les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. S'agissant de sa prétention personnelle fondée sur l'art. 15, l'accusé n'a pas clairement formulé de désavantage. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, elle ne peut être accueillie parce que l'accusé risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés.

La juge Karakatsanis : Les droits à un procès équitable reconnus par l'art. 11 de la *Charte* permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

La représentativité ne nécessite pas une liste de jurés qui reflète ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité. Si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité, cela constituerait un écart important par rapport à la jurisprudence et à l'expérience canadiennes. La représentativité du jury vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. Ce droit a un sens limité en droit canadien. Il ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Il décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente. Il ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité.

La fonction de représentant qui incombe au jury est assurée par le recours à un processus de sélection équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement

or substantially exclude a subset of the community. Representativeness requires more than reasonable efforts to use such a process. It is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

Ensuring that source lists are drawn broadly from the community is critical, but perfection is not required. Provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll.

Unintentional exclusion of some segments of the community from the jury roll does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 *Charter* violation. Because there are no perfect source lists, the state must be accorded flexibility in choosing a source list. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group.

However, the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* will be violated.

Intentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll would render it unconstitutional. A jury roll tainted by such deliberate exclusion cannot be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion

inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. La représentativité nécessite davantage que le déploiement d'efforts raisonnables pour utiliser un tel processus. C'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

Il est essentiel de faire en sorte que les listes brutes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, mais la perfection n'est pas nécessaire. Il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés.

L'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité de la liste des jurés n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11 de la *Charte*. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier.

Par contre, l'État peut, dans des circonstances exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de cette liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa

for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

An accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Section 11 of the *Charter* is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury.

In this case, the accused has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. With respect to the s. 15 *Charter* claims, this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal peoples are implicated as a result of their alienation from the justice system and their underrepresentation on jury rolls.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal found at s. 11(*f*) and (*d*). Section 11(*f*) of the *Charter* enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component, and is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the conscience of the community and in order for s. 11(*f*) to be meaningful and effective. Representativeness is also one of the components which ensure that the jury is an independent and impartial tribunal under s. 11(*d*) of the *Charter*. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(*d*). As it is

contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

Les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. L'article 11 de la *Charte* n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif.

Dans le cas présent, l'accusé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité des Autochtones sont en cause par suite de l'aliénation de ces derniers à l'égard du système de justice et de leur sous-représentation sur les listes de jurés.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public envers l'administration de la justice. Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. Toutefois, la représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par les al. 11*f*) et 11*d*) de la *Charte*. L'alinéa 11*f*) de la *Charte* constitutionnalise l'institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante et constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un jury régulièrement formé. La représentativité, tout comme l'impartialité, est essentielle pour que l'institution du jury joue son rôle de conscience de la collectivité et pour que l'al. 11*f*) ait un véritable effet. La représentativité constitue également l'un des éléments qui font du jury un tribunal indépendant et impartial au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11*d*)

guaranteed under s. 11(*d*) and (*f*), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons charged with an offence, not of particular groups or the community at large. There is no corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group to be included on a jury roll, jury array or petit jury.

The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random within that community. Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

In order to achieve a representative jury roll, two things are necessary. First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district. Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and

de la *Charte*. Ainsi, les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s'il y a eu violation à l'al. 11*d*). Suivant la protection que lui confèrent les al. 11*d*) et 11*f*), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l'inculpé, et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Il n'existe pas dans ces dispositions de droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d'une liste de jurés, d'un tableau de jurés ou d'un petit jury.

L'aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Ainsi, la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l'issue d'un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Or, la sélection aléatoire n'est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s'applique quand il s'agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d'un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

Pour obtenir une liste des jurés représentative, il faut que deux conditions soient réunies. Premièrement, les listes brutes à partir desquelles sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatives du district. La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si la liste brute des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complète et aussi exacte que possible et qu'elle ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire de la liste brute. L'État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d'avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d'influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard sur la liste brute, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n'est alors plus l'instrument de la représentativité.

Des raisons d'ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S'il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d'interminables

what needs to be represented on the jury. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all those ways, would pose insurmountable practical problems and would lead to serious intrusions into the privacy of prospective jurors. These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. The practical effect of protecting jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection process does not mean that the results of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. Results that plainly show a significant departure from a properly conducted random selection process should not be ignored.

The *Charter* protects against interference by the state with guaranteed rights. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation, and applies in the context of this case. The starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action, namely whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state. In order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it. With

débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables et entraînerait une incursion grave dans la vie privée des candidats jurés. Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat de la liste brute ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste des jurés. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le processus de sélection aléatoire ne signifie pas que les résultats du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. On ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

La *Charte* protège contre les interventions attentatoires de l'État. Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu'il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l'État. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien suffisant entre les actes de l'État et la restriction du droit, de sorte qu'il est possible d'affirmer que cette limite est le fait de l'État. Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l'art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l'égard d'autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne et convient dans la présente affaire. Le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État, à savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État. Pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité

respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between the state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between those two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so.

This case concerns a situation in which the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce, in view of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. Of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two — the lists and the delivery of jury notices — were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two — the poor return rate of notices and Aboriginal disengagement from the criminal justice system — were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. Therefore, there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused's right to a representative jury roll as guaranteed under s. 11(*d*) and (*f*) of the *Charter*.

Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration that the accused's rights were violated may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice. In this case, the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion

à le régler. Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre ces deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir.

En l'espèce, la liste des jurés n'était pas représentative, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district, car les résidents autochtones de réserves y étaient sous-représentés. Parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux — les listes brutes et la distribution des avis de sélection de juré — incombaient à l'État, et il était en son pouvoir de s'en acquitter. Les deux autres — le faible taux de réponse aux avis et la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale — étaient des problèmes auxquels l'État pouvait remédier en partie, mais il n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour ce faire. Par conséquent, il existe un lien suffisant entre l'action et l'omission de l'État d'une part et la non-représentativité de la liste des jurés d'autre part pour conclure que l'État a porté atteinte au droit de l'accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*.

Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu atteinte aux droits de l'inculpé pourrait constituer la réparation convenable pourvu que ce dernier n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les

to order a new trial. The failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Barrow, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344;

circonstances. En l'espèce, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. L'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public dans l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Barrow, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c.*

R. v. Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas v. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 629, 630, 631, 632, 633, 634 to 638, 639 to 642, 644.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 to 18.1, 19, 38(3).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "jury".
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Brown, R. Blake. *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.

Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas c. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 629, 630, 631, 632, 633, 634 à 638, 639 à 642, 644.
Loi sur l'évaluation foncière, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 15.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, c. C.37.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 à 18.1, 19, 38(3).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *jury* ».
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, Oxford, Clarendon Press, 1768.
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, Oxford, Clarendon Press, 1769.
Brown, R. Blake. *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: The Inquiry, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, LaForme and Rouleau JJ.A.), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Gillian E. Roberts, *Deborah Calderwood* and *Michael Fawcett*, for the appellant.

Jessica Orkin, *Delmar Doucette*, *Andrew Furgiuele* and *Angela Ruffo*, for the respondent.

Brian H. Greenspan, *Katherine Hensel* and *Promise Holmes Skinner*, for the intervener the Advocates' Society.

Julian N. Falconer, *Julian Roy* and *Marc E. Gibson*, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

Cheryl Milne and *Kim Stanton*, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF).

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*,Winnipeg, The Inquiry, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, LaForme et Rouleau), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Gillian E. Roberts, *Deborah Calderwood* et *Michael Fawcett*, pour l'appelante.

Jessica Orkin, *Delmar Doucette*, *Andrew Furgiuele* et *Angela Ruffo*, pour l'intimé.

Brian H. Greenspan, *Katherine Hensel* et *Promise Holmes Skinner*, pour l'intervenante Advocates' Society.

Julian N. Falconer, *Julian Roy* et *Marc E. Gibson*, pour l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski.

Cheryl Milne et *Kim Stanton*, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ).

Mary Eberts, for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Christa Big Canoe and *Jonathan Rudin*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The right to be tried by a jury of one's peers is one of the cornerstones of our criminal justice system. It is enshrined in two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the s. 11(*d*) right to a fair trial by an impartial tribunal and the s. 11(*f*) right to a trial by jury. Yet despite the importance of this right, this is the first time the Court has been called upon to determine what efforts the state must make to ensure that a jury is "representative" of the community. In turn, this raises the related questions of how representativeness should be defined and what role it should play in the rights guaranteed by ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*. In answering these questions, it must be remembered that the right to a representative jury is an entitlement held by the accused that promotes the fairness of his or her trial, in appearance and in reality. It is not a mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally — and it should not be tasked with that responsibility.

[2] In my view, representativeness focuses on the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. Consequently, the state satisfies an accused's right to a representative jury by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a

Mary Eberts, pour les intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry.

Christa Big Canoe et *Jonathan Rudin*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement des juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs est l'une des pierres angulaires de notre système de justice pénale. Il est consacré par deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* : le droit, prévu par l'al. 11*d*), à un procès équitable devant un tribunal impartial et le droit, prévu par l'al. 11*f*), à un procès devant jury. Pourtant, malgré l'importance de ce droit, c'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur les efforts que l'État doit déployer pour faire en sorte qu'un jury soit « représentatif » de la collectivité. Cet examen soulève à son tour les questions connexes de la définition que devrait recevoir la représentativité et du rôle qu'elle devrait jouer dans les droits garantis par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*. Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le droit à un jury représentatif est un droit de l'accusé qui favorise l'équité de son procès en apparence et dans les faits. Il ne s'agit pas d'un moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général, et ce droit ne devrait pas servir à cette fin.

[2] À mon avis, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sur sa composition finale. L'État respecte donc le droit de l'accusé à un jury représentatif en donnant à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Une telle possibilité est fournie lorsque l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant

broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and the accused's *Charter* right to a representative jury will be respected.

[3] I am satisfied that there were no *Charter* violations in this case. I would accordingly allow the appeal.

II. Background

[4] Clifford Kokopenace is an Aboriginal man from the Grassy Narrows First Nation reserve in the District of Kenora. He was charged with second degree murder for stabbing his friend to death during a fight. After a trial by judge and jury in 2008, he was acquitted of murder but convicted of the lesser included offence of manslaughter. Prior to sentencing, his trial counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in Mr. Kokopenace's case. The trial judge, Stach J., refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal to the Ontario Court of Appeal.

[5] Before the Court of Appeal, Mr. Kokopenace alleged that his jury was derived from a jury roll that did not adequately ensure the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. Because of the allegedly inadequate process used to prepare the jury roll, he argued that his rights under ss. 11(*d*), 11(*f*), and 15 of the *Charter* were violated. Voluminous fresh evidence was introduced regarding the efforts Ontario had made, over a period of several years, in preparing the jury rolls for the District of Kenora.

ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté.

[3] Je suis convaincu qu'il n'y a pas eu de violations de la *Charte* en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[4] Clifford Kokopenace est un Autochtone de la Première Nation de Grassy Narrows dans le district de Kenora. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré pour avoir poignardé son ami à mort durant une altercation. Au terme d'un procès devant juge et jury en 2008, il a été acquitté de l'accusation de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat qui le représentait au procès a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de M. Kokopenace. Le juge du procès, le juge Stach, a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[5] En Cour d'appel, M. Kokopenace a prétendu que son jury avait été constitué à partir d'une liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la participation des résidents autochtones des réserves. Comme la liste des jurés serait le fruit d'une procédure inadéquate, il a soutenu que ses droits garantis aux al. 11*d*) et 11*f*) et à l'art. 15 de la *Charte* avaient été violés. De nouveaux éléments de preuve volumineux ont été présentés relativement aux mesures que l'Ontario avait prises durant plusieurs années pour dresser les listes de jurés du district de Kenora.

[6] The Court of Appeal issued three sets of reasons. Two of the judges — LaForme and Goudge JJ.A. — held that Mr. Kokopenace's ss. 11(*d*) and 11(*f*) rights had been violated and ordered a new trial on that basis. In dissent, Rouleau J.A. held that Ontario had made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury roll. He therefore would have dismissed the appeal. All three judges rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claims.

[7] The Crown now appeals to this Court, and Mr. Kokopenace renews his s. 15 claims.

III. The Jury Selection Process in the District of Kenora

A. *Overview of the Jury Selection Process in Ontario*

[8] To be eligible to serve as a juror in Ontario, individuals must be at least 18 years of age and must be Canadian citizens who reside in Ontario. There are several additional limitations on eligibility, including exemptions related to an individual's profession or prior criminal record: *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4. Drawing from the pool of eligible individuals, jury selection takes place in three stages:

1. The preparation of the jury roll, composed of individuals who are randomly selected from the community in each judicial district throughout Ontario.

2. The selection of names from the jury roll to make up the jury panels (also known as arrays) for court sittings. Jury panels act as the pools from which trial juries are selected.

3. The selection, from the jury panel, of the trial jury (also known as the petit jury) that will serve on a particular criminal trial.

[6] La Cour d'appel a rendu trois opinions. Deux des juges — les juges LaForme et Goudge — ont conclu que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11*d*) et 11*f*) avaient été violés et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès pour cette raison. Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l'Ontario avait déployé des efforts raisonnables pour inscrire des Autochtones résidant dans une réserve sur la liste des jurés. Il aurait donc rejeté l'appel. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15.

[7] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, et M. Kokopenace réitère ses prétentions fondées sur l'art. 15.

III. Le processus de sélection des jurés dans le district de Kenora

A. *Aperçu du processus de sélection des jurés en Ontario*

[8] Pour être habile à remplir les fonctions de juré en Ontario, la personne doit être âgée d'au moins 18 ans, avoir la citoyenneté canadienne et résider en Ontario. Cette habilité est assortie de plusieurs autres restrictions, dont des exemptions liées à la profession de la personne ou à sa possession d'un casier judiciaire : *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4. La sélection des jurés se fait en trois étapes à partir du bassin des personnes habiles :

1. La préparation de la liste des jurés, composée de personnes sélectionnées au hasard dans la collectivité de chaque district judiciaire de l'Ontario.

2. La sélection des personnes inscrites sur la liste des jurés qui formeront le tableau des jurés lors des sessions du tribunal. Les tableaux des jurés constituent les bassins à partir desquels les jurés sont sélectionnés pour les procès.

3. La sélection du jury (également connu sous le nom de petit jury), à partir du tableau des jurés, qui remplira ses fonctions dans un procès criminel donné.

[9] In Ontario, the first two stages are governed by the *Juries Act* and the third stage is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent's challenge is to the first stage of the process — the preparation of the jury roll.

[10] The *Juries Act* requires that a jury roll be prepared by provincial officials each year for every judicial district in Ontario. The same roll is used for all trials in a district in a given calendar year. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, Ontario compiles its jury rolls based on municipal assessment lists obtained from the Municipal Property Assessment Corporation ("MPAC"). Enumeration by MPAC occurs once every three years, and the MPAC lists are not updated between enumerations.

[11] MPAC data does not capture individuals who reside on First Nations reserves. For that reason, s. 6(8) of the *Juries Act* provides a separate process for including on-reserve residents in the jury rolls. Section 6(8) directs:

> In the selecting of persons for entry in the jury roll in a county or district in which an Indian reserve is situate, the sheriff shall select names of eligible persons inhabiting the reserve in the same manner as if the reserve were a municipality and, for the purpose, the sheriff may obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available.

[12] The aim of both ss. 6(2) and 6(8) is that each municipality or reserve be sent the number of notices that is approximately proportionate to that municipality or reserve's percentage of the total population in the judicial district.

[13] In practice, the sheriff's duties under s. 6(8) are carried out by various provincial and local employees in each judicial district. Staff in the Court Services Division ("CSD") are responsible for virtually the entire process of selecting on-reserve individuals for the jury roll. They obtain lists of on-reserve residents for use in the jury selection process,

[9] En Ontario, les deux premières étapes sont régies par la *Loi sur les jurys* tandis que la troisième est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La contestation de l'intimé vise la première étape du processus : la préparation de la liste des jurés.

[10] La *Loi sur les jurys* exige qu'une liste de jurés soit préparée chaque année par des fonctionnaires provinciaux pour chacun des districts judiciaires de l'Ontario. La même liste est utilisée pour tous les procès tenus dans un district au cours d'une année civile donnée. Suivant le par. 6(2) de cette loi, l'Ontario dresse ses listes de jurés en fonction des listes d'évaluation municipale qu'il reçoit de la Société d'évaluation foncière des municipalités (la « SEFM »). Cette dernière effectue un recensement une fois tous les trois ans et ses listes ne sont pas mises à jour entre les recensements.

[11] Les données de la SEFM ne tiennent pas compte des personnes qui habitent dans les réserves des Premières Nations. Voilà pourquoi le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* prévoit une procédure distincte pour inscrire ces résidents sur les listes de jurés. Le paragraphe 6(8) prévoit :

> Pour dresser une liste de jurés pour un comté ou un district où se trouve une réserve indienne, le shérif sélectionne le nom des habitants de la réserve habiles à être membres d'un jury comme si la réserve était une municipalité et, à cette fin, il peut obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible.

[12] Les paragraphes 6(2) et 6(8) visent tous deux l'envoi, à chaque municipalité ou réserve, du nombre d'avis de sélection qui est approximativement proportionnel au pourcentage, dans cette municipalité ou réserve, de la population totale du district judiciaire.

[13] En fait, les fonctions attribuées au shérif par le par. 6(8) sont exercées par divers fonctionnaires provinciaux et municipaux dans chaque district judiciaire. Les employés de la Division des services aux tribunaux (la « DST ») sont responsables de presque tout le processus de sélection des habitants d'une réserve qui figureront sur la liste des jurés. Ils

calculate the number of jury notices (also known as questionnaires) that are required, randomly select the on-reserve individuals who will receive notices, prepare the notices, and mail them to the selected recipients. The Provincial Jury Centre ("PJC") is responsible for providing each CSD office with the number of questionnaires that is required for the mailouts to the on-reserve population. The PJC receives the completed questionnaires from the selected on-reserve individuals and then enters the eligible names into the jury selection system, used to develop the jury roll.

B. *PDB #563 and the Lists Used for Section 6(8) Purposes*

[14] PDB #563 was the policy directive from the Ontario Ministry of the Attorney General that provided guidance to CSD staff on the s. 6(8) process at the relevant time. It indicated that CSD staff should

- ascertain, check, and confirm the reserves located in their county or district;
- attempt to obtain band electoral lists, or any other accurate lists of residents, by writing letters, telephoning, or visiting the reserves in the district;
- calculate the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents;
- randomly select the required number of individuals to whom questionnaires were to be sent from the best possible list; and
- provide interim and final reports to the PJC at certain points in the process.

[15] PDB #563 encouraged staff to attempt to obtain the best lists of on-reserve residents available.

obtiennent les listes des résidents d'une réserve qui seront utilisées dans le processus de sélection des jurés, calculent le nombre d'avis de sélection de juré requis (également appelés questionnaires), sélectionnent aléatoirement les habitants d'une réserve qui recevront des avis de sélection, préparent les avis de sélection et les envoient par courrier aux destinataires choisis. Le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») est chargé de fournir à chaque bureau de la DST le nombre de questionnaires qu'il faut envoyer par la poste aux résidents des réserves. Le CPSJ reçoit les questionnaires remplis par les habitants de la réserve sélectionnés, puis inscrit le nom des personnes habiles dans le système de sélection des jurés utilisé pour dresser la liste des jurés.

B. *La PDB n^o^ 563 et les listes utilisées pour l'application du par. 6(8)*

[14] La PDB n^o^ 563 était la directive d'orientation du ministère du Procureur général de l'Ontario qui servait de guide au personnel de la DST pour appliquer la procédure prévue par le par. 6(8) à l'époque en cause. Elle indiquait que les employés de la DST doivent :

- établir, vérifier et confirmer les réserves situées dans leur comté ou district;
- tenter d'obtenir les listes électorales des bandes ou toute autre liste exacte de résidents, en écrivant des lettres, en téléphonant ou en visitant les réserves du district;
- calculer le nombre de questionnaires à envoyer aux résidents des réserves;
- sélectionner au hasard le nombre nécessaire de personnes à qui il faut envoyer des questionnaires à partir de la meilleure liste disponible;
- fournir des rapports provisoires et finaux au CPSJ à certains stades du processus.

[15] La PDB n^o^ 563 encourageait les employés à tenter d'obtenir les meilleures listes disponibles

To this end, it directed staff to seek band electoral lists "or any other accurate list of residents".

[16] PDB #563 also indicated that lists provided by the federal government department known at the time as Indian and Northern Affairs Canada ("INAC") were not the best possible lists because they included the names of band members who did not reside on the reserve. However, if CSD staff were unsuccessful in their attempts to obtain a better list from the band, the general practice was to use the INAC lists. Until 2001, INAC regularly provided its lists to Ontario for the purposes of s. 6(8). However, in 2001, INAC stopped providing the CSD with band lists, ostensibly because of privacy concerns. From that point on, CSD employees' attempts to obtain lists directly from the First Nations reserves became increasingly important, as the INAC lists grew more outdated with each passing year.

C. *The Compilation of Jury Rolls in the District of Kenora*

[17] The District of Kenora contains a large number of reserves, which are associated with approximately 46 different First Nations. The on-reserve adult population makes up between 21 to 32 percent of the adult population of the district.

[18] There has been a significant decline in the rates of response to jury notices from on-reserve residents in the District of Kenora over the years. In 1993, the return rate for completed jury questionnaires in the district was approximately 33 percent for on-reserve residents and 60 to 70 percent for off-reserve communities: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 114. Around that time, the Kenora CSD office began including an additional letter with the jury notices sent to on-reserve residents to help recipients understand the jury process. Although the letter was written in English, a translation in Ojibway and Oji-Cree syllabics

de résidents des réserves. Elle chargeait à cette fin les employés de solliciter les listes électorales des bandes [TRADUCTION] « ou toute autre liste exacte de résidents ».

[16] En outre, la PDB nº 563 indiquait que les listes fournies par le ministère fédéral connu à l'époque sous le nom d'Affaires indiennes et du Nord Canada (l'« AINC ») n'étaient pas les meilleures listes disponibles parce qu'elles comprenaient le nom des membres d'une bande qui n'habitaient pas la réserve. Par contre, si les employés de la DST ne réussissaient pas à obtenir une meilleure liste auprès de la bande, ils avaient pour pratique courante d'utiliser les listes d'AINC. Jusqu'en 2001, AINC fournissait régulièrement ses listes à l'Ontario pour l'application du par. 6(8). Toutefois, cette année-là, AINC a cessé de fournir les listes des bandes à la DST, apparemment par souci de respect de la vie privée. Depuis ce temps, la nécessité des démarches prises par les employés de la DST pour obtenir des listes directement auprès des réserves des Premières Nations s'est fait de plus en plus sentir, les listes d'AINC devenant de plus en plus désuètes d'une année à l'autre.

C. *L'établissement des listes de jurés dans le district de Kenora*

[17] Le district de Kenora compte un grand nombre de réserves, qui sont associées à environ 46 Premières Nations différentes. Les adultes des réserves représentent entre 21 et 32 p. 100 de la population adulte du district.

[18] Le taux de réponse aux avis de sélection de juré chez les résidents des réserves dans le district de Kenora a connu un déclin important au fil des ans. En 1993, le taux de renvoi des questionnaires remplis des jurés dans le district était d'environ 33 p. 100 chez les résidents des réserves et d'environ 60 à 70 p. 100 chez les collectivités hors réserve : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 114. À cette époque, le bureau de la DST de Kenora a commencé à joindre une lettre additionnelle aux avis de sélection de juré destinés aux résidents des réserves pour les aider à comprendre le processus de sélection des jurés. La lettre

was also enclosed. Despite the provision of this letter, the response rate from on-reserve residents did not increase. By 2002, it had dropped to 15.8 percent, and by 2008 (the year at issue in this appeal), it had declined to 10 percent.

(1) The Delivery of Jury Notices to On-Reserve Residents in the District of Kenora

[19] Many of the First Nations communities in the District of Kenora are remote and are accessible only by air. In these communities, individuals typically do not have mailboxes at their place of residence. Some have a community mailbox or an individual box in the post office. For other individuals, mail is held at the post office and they must retrieve it from the postal clerk.

[20] When jury notices are sent to on-reserve residents, they are sent "General Delivery". Mail delivered in this manner is sent to the community post office, but not to individual or community postal boxes. Post office employees then carry out a practice known as a "knowledge sort", in which they attempt to deliver the notices to the community mailbox or post office boxes of the recipients. Postal clerks tend to be familiar with the residents in these small communities and, if they know the recipient, they will put the letter in the recipient's community mailbox or post office box instead of returning it to the sender. Where there is no listed postal box or the postal clerks do not know the recipient, postal clerks put the mail aside and cross-reference the name against the customer list in an attempt to determine the correct postal box. Mail that is not claimed within 30 days and has not been delivered to a community mailbox or post office box is typically returned to the sender by the post office.

était écrite en anglais, mais une traduction en ojibwé et en oji-cri était également jointe. Malgré l'ajout de cette lettre, le taux de réponse des résidents des réserves n'a pas augmenté. En 2002, il avait chuté à 15,8 p. 100 et en 2008 (l'année en cause dans le présent pourvoi), il avait baissé à 10 p. 100.

(1) L'envoi d'avis de sélection de juré aux résidents des réserves dans le district de Kenora

[19] Bon nombre des collectivités des Premières Nations du district de Kenora sont isolées et accessibles uniquement par voie aérienne. Les habitants de ces collectivités ne possèdent généralement pas de boîte aux lettres à leur lieu de résidence. Certains disposent d'une boîte postale communautaire ou possèdent une case postale individuelle au bureau de poste. Pour d'autres personnes, le courrier est conservé au bureau de poste et elles doivent le récupérer auprès du commis des postes.

[20] Les avis de sélection de juré destinés aux résidents d'une réserve sont envoyés à une adresse de « poste restante ». Le courrier distribué de cette façon est envoyé au bureau de poste communautaire, mais n'est pas livré à des cases postales individuelles ou communautaires. Les employés des postes font ensuite un tri du courrier selon leur connaissance des habitants de la réserve et tentent ainsi de livrer les avis à la boîte postale communautaire ou aux cases postales des destinataires. Les commis des postes ont tendance à connaître les résidents de ces petites collectivités et, s'ils connaissent le destinataire, ils déposeront la lettre dans sa boîte postale communautaire ou dans sa case postale au lieu de la retourner à l'expéditeur. S'il n'y a pas de case postale désignée ou si les commis ne connaissent pas le destinataire, ils mettent la lettre qui lui est destinée de côté et vérifient si son nom figure sur la liste des clients pour tenter de déterminer la bonne case postale. Le courrier qui n'est pas réclamé dans les 30 jours et qui n'a pas été livré à une boîte postale communautaire ou une case postale est habituellement retourné à l'expéditeur par le bureau de poste.

(2) The Implementation of Section 6(8) in the District of Kenora

[21] During the time period relevant to this appeal, the sheriff's s. 6(8) duties in the District of Kenora were carried out by Ms. Laura Loohuizen, the group leader in the local CSD office. Ms. Loohuizen became involved in s. 6(8) work in 2001, at which time she was given the lists of on-reserve residents used by her predecessor. She was provided with INAC lists for 42 of the 43 reserves that she believed fell within the district. There was no list for the 43rd reserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Ms. Loohuizen was not provided with training about the boundaries of the district or about how to carry out s. 6(8) work. However, she made inquiries to the PJC about the process for obtaining updated lists. In carrying out her work, she relied on the directions in PDB #563, instructions from her supervisors in the CSD office, directives given by the PJC, and advice provided by Stach J., a respected and long-serving judge of the Ontario Superior Court of Justice in the District of Kenora. Although Ms. Loohuizen relied on PDB #563, the interim and final reports it envisioned were sometimes not completed — or if completed, failed to contain all the required information. Fully completed reports would have detailed the steps taken to obtain updated lists, the success of those efforts, and the number of questionnaires sent to the reserves.

[23] Ms. Loohuizen made repeated and escalating efforts over the years to obtain updated lists from the reserves. However, she had great difficulty securing cooperation from many of them and often had to carry out her s. 6(8) work based on inaccurate or outdated lists.

(2) La mise en application du par. 6(8) dans le district de Kenora

[21] Durant la période pertinente en l'espèce, les fonctions que le par. 6(8) confie au shérif ont été exercées dans le district de Kenora par Laura Loohuizen, la chef de groupe au bureau local de la DST. Madame Loohuizen a commencé à faire le travail prévu au par. 6(8) en 2001, année durant laquelle elle a reçu les listes de résidents d'une réserve utilisées par son prédécesseur. Elle a reçu les listes d'AINC pour 42 des 43 réserves qui, selon elle, relevaient du district. Aucune liste n'avait été fournie pour la 43e réserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Madame Loohuizen n'a reçu aucune formation concernant les limites du district ou sur la façon d'accomplir le travail prévu au par. 6(8). Toutefois, elle s'est renseignée auprès du CPSJ sur la marche à suivre pour obtenir des listes à jour. Dans l'exercice de ses fonctions, elle s'est fondée sur les directives énoncées dans la PDB no 563, les consignes de ses superviseurs au bureau de la DST, les directives du CPSJ ainsi que les conseils fournis par le juge Stach, un juge respecté et siégeant depuis longtemps à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le district de Kenora. Bien que Mme Loohuizen se soit fondée sur la PDB no 563, les rapports provisoires et finaux qui y sont prévus n'étaient parfois pas achevés — ou s'ils l'étaient, ils ne contenaient pas tous les renseignements nécessaires. Des rapports entièrement terminés auraient exposé en détail les mesures prises pour obtenir des listes à jour, l'efficacité de ces mesures et le nombre de questionnaires envoyés aux réserves.

[23] Madame Loohuizen a déployé des efforts répétés et croissants au fil des ans pour se procurer des listes à jour auprès des réserves. Cependant, elle a eu beaucoup de difficulté à obtenir la collaboration de bon nombre d'entre elles et devait souvent accomplir son travail prévu par le par. 6(8) au moyen de listes inexactes ou désuètes.

D. *Efforts in 2007 for the Preparation of the 2008 Jury Roll*

[24] In 2007, for the first time, the PJC informed Ms. Loohuizen of statistics showing the low rate of response for on-reserve residents. The numbers indicated that in response to the 2006 mailouts (for the 2007 jury roll), the rate of return for on-reserve residents was 10.72 percent compared to an off-reserve response rate of 56 percent. Of the questionnaires that had been sent to on-reserve residents, 72 percent were not returned and 17 percent were returned by the post office as undeliverable — statistics that were markedly worse than those for the off-reserve population.

[25] Ms. Loohuizen communicated these results to Stach J., who had provided advice on the s. 6(8) process from time to time, and it was decided that the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents should be increased by almost 50 percent. Her superiors in the Kenora CSD office also decided that Ms. Loohuizen would travel to several reserves in the district to meet with band leadership to discuss jury representativeness issues.

[26] Also in 2007, Ms. Loohuizen inquired about the boundaries of the District of Kenora. Her inquiry was apparently prompted by questions that arose in relation to an upcoming coroner's inquest. After making these inquiries, she discovered that she had inadvertently been excluding two reserves from her s. 6(8) efforts because she had not known that they fell within the district. She also discovered that another reserve on her list, Sandy Lake, had split in two, creating two separate communities. Consequently, there were 46 reserves — not 43 — that should have been included in her s. 6(8) work. She became aware of these errors too late to obtain lists for use in the preparation of the 2008 jury roll. As she still had not succeeded in obtaining a list for Neskantaga/Lansdowne House, that reserve was also excluded from the jury roll process for 2008.

D. *Efforts déployés en 2007 pour dresser la liste des jurés de 2008*

[24] En 2007, pour la première fois, le CPSJ a informé M^me^ Loohuizen des statistiques montrant le faible taux de réponse des résidents des réserves. Les chiffres indiquaient qu'en réponse aux envois de 2006 (pour dresser la liste des jurés de 2007), le taux de renvoi de la part des résidents des réserves était de 10,72 p. 100 comparativement à 56 p. 100, le taux de réponse enregistré chez les résidents hors réserve. Parmi les questionnaires envoyés aux résidents des réserves, 72 p. 100 n'ont pas été retournés et 17 p. 100 ont été retournés par le bureau de poste à titre d'envoi non livrable; ces statistiques étaient nettement inférieures à celles concernant les résidents hors réserve.

[25] Madame Loohuizen a communiqué ces résultats au juge Stach, qui avait donné à l'occasion des conseils sur la procédure établie au par. 6(8), et il a été décidé qu'il fallait envoyer près de 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves. Les supérieurs de M^me^ Loohuizen au bureau de la DST de Kenora ont également décidé qu'elle visiterait plusieurs réserves du district pour rencontrer les dirigeants des bandes afin de discuter des questions de représentativité des jurys.

[26] En 2007 également, M^me^ Loohuizen s'est renseignée sur les limites du district de Kenora. Sa demande faisait apparemment suite aux questions qui découlaient d'une enquête imminente du coroner. Après avoir demandé ces renseignements, elle s'est rendu compte qu'elle avait exclu par inadvertance deux réserves de ses fonctions prévues par le par. 6(8) parce qu'elle ne savait pas qu'elles relevaient du district. Elle a également constaté qu'une autre réserve figurant sur sa liste, Sandy Lake, s'était scindée en deux, devenant ainsi deux collectivités distinctes. Par conséquent, ce sont 46 réserves — et non 43 — qui auraient dû relever de son travail prévu par le par. 6(8). Elle a constaté ces erreurs trop tard pour pouvoir obtenir des listes en vue de préparer la liste des jurés de 2008. Comme elle n'avait toujours pas réussi à obtenir une liste pour la réserve Neskantaga/Lansdowne House, celle-ci a également été exclue de l'établissement de la liste des jurés pour 2008.

[27] As a result of Ms. Loohuizen's efforts, the 2007 mailouts for the 2008 jury roll were based on the following lists:

- Band lists from 2006 for two First Nations
- Band lists from 2007 for eight First Nations
- INAC lists from 2000 for 32 First Nations
- No lists for four First Nations

[28] Ultimately, only 10 percent of the questionnaires sent to on-reserve residents were returned, and only 5.7 percent of on-reserve residents who returned the questionnaires were eligible to serve as jurors. Mr. Kokopenace's jury was selected from a jury panel of 175 jurors, 8 of whom were on-reserve residents. No on-reserve residents were selected for Mr. Kokopenace's petit jury.

E. *The Iacobucci Report and Efforts Made After 2008*

[29] Since 2008, Ontario has expanded its efforts to include on-reserve residents in the jury selection process. The province has updated its policies, provided formal training on s. 6(8) work, increased the number of questionnaires sent to on-reserve residents, and started tracking statistics about response and delivery rates for those questionnaires. Significantly, in 2011, Ontario appointed the Honourable Frank Iacobucci as an independent reviewer to study the issue of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents on juries and to make recommendations for resolving the problem. The report detailing his findings was released in 2013, while Mr. Kokopenace's appeal was under reserve at the Court of Appeal: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). The Iacobucci Report

[27] Par suite des efforts déployés par M^me^ Loohuizen, les envois postaux de 2007 pour la préparation de la liste des jurés de 2008 étaient fondés sur les listes suivantes :

- les listes de bandes de 2006 pour deux Premières Nations
- les listes de bandes de 2007 pour huit Premières Nations
- les listes d'AINC de 2000 pour 32 Premières Nations
- aucune liste pour quatre Premières Nations

[28] En fin de compte, seulement 10 p. 100 des questionnaires envoyés aux résidents des réserves ont été retournés, et seulement 5,7 p. 100 de ces personnes qui ont retourné les questionnaires étaient habiles à remplir les fonctions de juré. Le jury dans le procès de M. Kokopenace a été constitué à partir d'un tableau de 175 jurés, dont 8 habitaient une réserve. Aucun résident d'une réserve n'a été sélectionné pour faire partie du petit jury de M. Kokopenace.

E. *Le rapport Iacobucci et les mesures prises après 2008*

[29] Depuis 2008, l'Ontario a élargi ses mesures pour faire participer les résidents des réserves au processus de sélection des jurés. La province a mis ses politiques à jour, offert une formation en bonne et due forme sur les fonctions prévues au par. 6(8), envoyé un nombre accru de questionnaires à ces résidents et commencé à faire le suivi des statistiques concernant les taux de réponse et de distribution pour les questionnaires en cause. Fait important, en 2011, l'Ontario a nommé l'ancien juge Frank Iacobucci à titre d'examinateur indépendant pour étudier la question de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans les jurys et pour formuler des recommandations afin de régler le problème. Le rapport exposant en détail ses conclusions a été rendu public en 2013, alors que l'appel interjeté par M. Kokopenace était en délibéré en Cour d'appel : *La représentation des Premières Nations sur la liste des*

reveals that the problem with the underrepresentation of on-reserve residents is deep-rooted and multi-faceted, and that it extends well beyond the difficulty of obtaining accurate source lists. It explains that the problem is linked to the long history of Aboriginal estrangement from the justice system and the mistrust of that system that has resulted. Since the report's release, Ontario has begun implementing some of its recommendations.

IV. The Decision of the Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] The Court of Appeal delivered three sets of reasons. Both LaForme and Goudge JJ.A. concluded that Mr. Kokopenace's ss. 11(*d*) and 11(*f*) rights were violated; in contrast, Rouleau J.A. held that there was no *Charter* violation. The court unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claims.

[31] All three judges accepted that the test to determine whether Ontario had met its representativeness obligations was whether it had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included in the jury roll. They held that reasonable efforts must be made at each step of the process, including compiling the lists, sending the notices, facilitating their delivery and receipt, and encouraging responses.

[32] The majority emphasized that the analysis of Ontario's efforts under s. 6(8) of the *Juries Act* must be guided by both the honour of the Crown and the principles in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. In its view, Ontario was required to consider the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system and to work with First Nations governments to fashion a solution to the problem. According to the majority, it was unreasonable for Ontario to delegate its s. 6(8) responsibilities to Ms. Loohuizen, a junior public servant. Senior government officials

jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci (2013) (« rapport Iacobucci »). Le rapport Iacobucci révèle que le problème de la sous-représentation des résidents des réserves est profondément enraciné, comporte de multiples facettes et déborde largement les difficultés à obtenir des listes brutes exactes. Il explique que le problème est lié à la marginalisation de longue date des Autochtones au sein du système de justice et à la méfiance envers ce système qui en a découlé. Depuis la publication du rapport, l'Ontario commence à mettre en œuvre certaines de ses recommandations.

IV. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] La Cour d'appel a rendu trois opinions. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11*d*) et 11*f*); par contre, le juge Rouleau a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15.

[31] Les trois juges ont tous reconnu que, pour déterminer si l'Ontario s'était acquitté de ses obligations de représentativité, le tribunal devait se demander si la province avait déployé des efforts raisonnables en vue de donner aux groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Ils ont conclu que des efforts raisonnables doivent être faits à chaque étape du processus, y compris l'établissement des listes, l'envoi des avis, la facilitation de leur livraison et de leur réception de même que l'incitation à y répondre.

[32] Les juges majoritaires ont souligné que l'analyse des efforts déployés par l'Ontario en application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* doit respecter à la fois l'honneur de la Couronne et les principes établis dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Selon eux, l'Ontario devait tenir compte de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice et collaborer avec les gouvernements des Premières Nations en vue de trouver une solution au problème. D'après les juges majoritaires, il était déraisonnable pour l'Ontario de déléguer les responsabilités que lui

were required to engage with First Nations in a government-to-government process.

[33] The majority also concluded that Ontario improperly focused all of its attention on efforts to obtain updated lists. It found that the low response rates required Ontario to investigate the causes of the problem and to actively encourage responses from on-reserve residents. Ontario's failure to do so led the majority to conclude that Ontario had ignored the problem and had failed to make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. It followed that Mr. Kokopenace's rights under ss. 11(*d*) and 11(*f*) were violated.

[34] In terms of remedy, the majority was satisfied that Mr. Kokopenace received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of partiality or bias. However, the majority found that the violations of ss. 11(*d*) and 11(*f*) "necessarily undermine[d] public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice" (para. 227). Consequently, it concluded that the only effective remedy was a new trial.

[35] In dissent, Rouleau J.A. found that Ontario's efforts were reasonable in light of what was known at the time. He emphasized that at the time relevant to this appeal, everyone was under the impression that the low response rates were caused by the outdated lists — indeed, the problems with the lists were the main focus of Mr. Kokopenace's arguments before the Court of Appeal. It was only after the Iacobucci Report was released that the complexity of the problem became clear. In his view, the majority's criticisms were misplaced because they were based on information that was unknown to Ontario at the time.

[36] Rouleau J.A. also concluded that the low response rates did not mean that on-reserve residents had a reduced opportunity to participate. In

attribue le par. 6(8) à M[me] Loohuizen, une fonctionnaire subalterne. Des hauts dirigeants du gouvernement étaient tenus de s'engager avec les Premières Nations dans des échanges entre gouvernements.

[33] Les juges majoritaires ont également conclu que l'Ontario avait porté à tort toute son attention sur les efforts déployés pour obtenir des listes à jour. D'après eux, le faible taux de réponse obligeait l'Ontario à étudier les causes du problème et à encourager activement les résidents des réserves à répondre. L'inaction de l'Ontario à cet égard a mené les juges majoritaires à conclure qu'il avait négligé le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables pour permettre honnêtement la participation des résidents autochtones des réserves. Il s'ensuit que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11*d*) et 11*f*) ont été violés.

[34] En ce qui concerne la réparation, les juges majoritaires étaient convaincus que M. Kokopenace avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, ils ont jugé que les violations des al. 11*d*) et 11*f*) [TRADUCTION] « min[aient] nécessairement la confiance du public dans l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice » (par. 227). Ils ont donc conclu que la seule réparation adéquate était la tenue d'un nouveau procès.

[35] Le juge Rouleau, dissident, a estimé que les efforts déployés par l'Ontario étaient raisonnables compte tenu de ce que l'on savait à l'époque. Il a souligné que, pendant la période en cause dans le présent pourvoi, tout le monde avait l'impression que le faible taux de réponse était imputable aux listes désuètes. En effet, les arguments avancés par M. Kokopenace devant la Cour d'appel portaient principalement sur les failles des listes. Ce n'est qu'après la publication du rapport Iacobucci que la complexité du problème est devenue évidente. À son avis, les critiques des juges majoritaires étaient injustifiées parce qu'elles reposaient sur des renseignements dont n'avait pas connaissance l'Ontario à l'époque.

[36] Le juge Rouleau a également conclu que le faible taux de réponse ne signifiait pas que les résidents des réserves avaient moins l'occasion de

his view, the fact that on-reserve residents had declined the invitation to participate did not lead to the conclusion that Ontario had not provided an opportunity for their inclusion. Ontario's constitutional obligation did not require it to make all efforts or to make fruitless efforts: it was only required to make reasonable efforts to extend an invitation to participate. In his view, Ontario did so. He therefore found that there were no violations of ss. 11(*d*) or 11(*f*).

[37] With respect to the s. 15 claims, there were two arguments before the court. First, Mr. Kokopenace sought public interest standing to raise an equality argument on behalf of prospective jurors who were on-reserve residents. Second, he claimed that his personal s. 15 rights had been violated. The Court of Appeal unanimously rejected both claims. The court held that it was not an appropriate case in which to grant public interest standing and, with respect to Mr. Kokopenace's personal s. 15 claim, that he had provided no evidence that he suffered a disadvantage because of Ontario's actions. Consequently, neither claim could succeed.

V. Issues

[38] There are four issues before this Court:

1. How is representativeness defined and how does it factor into ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*?

2. Did Ontario meet its representativeness obligation in this case?

3. Did Ontario violate the s. 15 rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors?

4. If Mr. Kokopenace's *Charter* rights were violated, what is the appropriate remedy?

participer au processus. Selon lui, le fait que ces résidents avaient refusé l'invitation à participer ne menait pas à la conclusion que l'Ontario n'avait pas permis leur participation. L'obligation constitutionnelle de l'Ontario n'exigeait pas de lui qu'il déploie tous les efforts possibles ou fasse des efforts inutiles : il n'était tenu que de déployer des efforts raisonnables pour inviter les résidents des réserves à participer au processus. À son sens, c'est ce que l'Ontario a fait. Il a donc conclu qu'il n'y avait pas eu violation des al. 11*d*) ou 11*f*).

[37] S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15, deux arguments ont été présentés devant le tribunal. Premièrement, M. Kokopenace a cherché à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin d'invoquer un argument relatif au droit à l'égalité au nom des candidats jurés habitant dans des réserves. Deuxièmement, il a fait valoir que ses droits personnels prévus à l'art. 15 avaient été violés. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les deux prétentions. Elle a décidé qu'il ne convenait pas en l'espèce d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et, pour ce qui est de la prétention personnelle avancée par M. Kokopenace sur le fondement de l'art. 15, ce dernier n'avait aucunement prouvé que les mesures prises par l'Ontario l'avaient défavorisé. Par conséquent, aucune des prétentions ne pouvait être retenue.

V. Questions en litige

[38] Notre Cour est saisie de quatre questions :

1. Comment la représentativité est-elle définie et comment s'inscrit-elle dans l'application des al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*?

2. L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?

3. L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?

4. S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la *Charte*, quelle est la réparation convenable?

VI. Analysis

A. *How Is Representativeness Defined and How Does It Factor Into Sections 11(d) and 11(f) of the Charter?*

(1) Defining Representativeness

[39] Representativeness is an important feature of the jury; however, its meaning is circumscribed. What is required is a "representative cross-section of society, honestly and fairly chosen": *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524. There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Courts have consistently rejected the idea that an accused is entitled to a particular number of individuals of his or her race on either the jury roll or petit jury: *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at pp. 517-18; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (Ont. S.C.), at pp. 40-41. As Rosenberg J.A. observed in *Church of Scientology*, at p. 121, "[w]hat is required is a process that provides a platform for the selection of a competent and impartial petit jury, ensures confidence in the jury's verdict, and contributes to the community's support for the criminal justice system."

[40] As this statement indicates, representativeness is about the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. To date, the jurisprudence has discussed two key features of the jury roll process that ensure representativeness: the use of source lists that draw from a broad cross-section of society, and random selection from those sources (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 20; *Sherratt*, at p. 525; *Church of Scientology*, at p. 121). I would add a third feature to this list, namely, the delivery of notices to those who have been randomly selected. A jury roll is representative when these three features are present, provided that the state has not deliberately excluded members of a particular group. This process aims to ensure

VI. Analyse

A. *Comment la représentativité est-elle définie et comment s'inscrit-elle dans l'application des al. 11d) et 11f) de la Charte?*

(1) Définition de la représentativité

[39] La représentativité est un aspect important du jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524. Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l'idée que l'accusé a droit à une liste de jurés ou à un petit jury composé d'un nombre précis de membres de sa race : *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), p. 517-518; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (C.S. Ont.), p. 40-41. Comme l'a fait remarquer le juge Rosenberg à la p. 121 de l'arrêt *Church of Scientology*, [TRADUCTION] « [i]l faut un processus qui fournit les outils nécessaires à la sélection d'un petit jury compétent et impartial, qui assure la confiance dans le verdict du jury et qui contribue à l'appui manifesté par la collectivité à l'égard du système de justice pénale. »

[40] Comme le montre cette affirmation, la représentativité concerne la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sa composition finale. La jurisprudence a traité à ce jour de deux caractéristiques clés de cette procédure qui garantissent la représentativité : le recours à des listes brutes issues d'un large échantillon de la société et la sélection aléatoire à partir de ces sources (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 20; *Sherratt*, p. 525; *Church of Scientology*, p. 121). J'ajouterais à cette liste une troisième caractéristique, soit la distribution des avis aux personnes choisies aléatoirement. La liste des jurés est représentative lorsque ces trois caractéristiques sont présentes, pourvu que l'État n'ait pas délibérément exclu les membres d'un

that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury: *Church of Scientology*, at p. 122. It also seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population: *ibid.*, at pp. 122-24.

[41] The first feature — the use of source lists that draw from a broad cross-section of society — aims to capture as many eligible jurors in each district as possible. A perfect source list would capture all eligible jurors and would therefore proportionately represent all eligible groups in the district. However, the *Charter* does not mandate a proportionately representative list, nor would such a requirement be feasible. Indeed, it would be virtually impossible to find a source list that meets this requirement.

[42] The second feature — random selection — focuses on the manner in which individuals are selected from the source lists for inclusion on the jury roll.[1] It ensures that everyone captured on the source lists has an equal chance of being selected for the jury roll. Consequently, representativeness cannot require a jury roll of a particular composition. This would necessitate a selection process that inquired into prospective jurors' backgrounds — a concept that is incompatible with random selection. Indeed, no province requires that its jury rolls proportionately represent the cultures, races, religions, or other individual characteristics of its inhabitants. Requiring that a jury roll proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. As the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330, at para. 22:

[1] The selection process for juries that serve in criminal jury trials differs in many respects from the selection process for coroners' juries under the *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37. These reasons pertain only to the jury selection process for criminal trials, and I make no comment on the jury selection process under the *Coroners Act*.

groupe donné. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury : *Church of Scientology*, p. 122. Il vise également à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population : *ibid.*, p. 122-124.

[41] La première caractéristique — le recours à des listes brutes issues d'un large échantillon de la société — vise à obtenir le plus grand nombre possible de personnes habiles à être jurés dans chaque district. Une liste parfaite énumérerait toutes les personnes habiles à être jurés et représenterait donc proportionnellement tous les groupes admissibles dans le district. Or, la *Charte* ne commande pas une liste proportionnellement représentative, et il ne serait pas non plus possible de respecter une telle exigence. En effet, il serait pratiquement impossible de trouver pareille liste brute.

[42] La deuxième caractéristique — la sélection aléatoire — porte sur la façon dont les personnes sont sélectionnées à partir des listes brutes pour faire partie de la liste des jurés[1]. Elle garantit que toutes les personnes inscrites sur les listes brutes ont une chance égale d'être sélectionnées pour faire partie de cette liste. Par conséquent, la représentativité ne peut requérir une liste de jurés d'une composition précise. Il faudrait alors un processus de sélection où l'on se renseigne sur les caractéristiques personnelles des candidats jurés, un concept incompatible avec la sélection aléatoire. D'ailleurs, aucune province n'exige que ses listes de jurés représentent proportionnellement les cultures, races, religions ou autres caractéristiques personnelles de ses habitants. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario au par. 22 de l'arrêt *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 :

[1] Le processus de sélection des jurys dans des procès criminels diffère à bien des égards de la procédure de sélection des jurys du coroner prévue par la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, c. C.37. Les présents motifs portent uniquement sur le processus de sélection des jurys dans des procès criminels et je ne fais aucun commentaire sur la procédure de sélection des jurys prévue par la *Loi sur les coroners*.

There are an almost infinite number of characteristics that one might consider should be represented in the petit jury: age, occupation, wealth, residency, country of origin, colour, sex, sexual orientation, marital status, ability, disability and so on. It would be impossible to ensure this degree of representation in any particular jury.

[43] Although these comments were made in the context of a challenge to the composition of a petit jury, they are equally applicable to the composition of the jury roll. Even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

[44] This conclusion is reinforced by the many restrictions we accept on the representativeness of our jury rolls. First, a jury roll is compiled for every judicial district, each of which is itself an artificially drawn region. The population of a given district may not be at all representative of Canada's broader population or of the particular community within that district where the offence was committed: *Church of Scientology*, at p. 121. Second, limitations on juror eligibility result in the exclusion of non-citizens, those convicted of criminal offences, and individuals practising certain professions. Finally, in most provinces, the sheriff has the power to exempt individuals from jury service if it poses a hardship. This typically results in the exclusion of the self-employed, those living in remote areas, and low-income individuals. All of these limits have long been accepted despite their impact on representativeness.

[45] The third feature — delivery — is self-explanatory. In short, before the jury roll can be compiled, the state must deliver notices to those who have been randomly selected in order to allow them to respond. The adequacy of delivery must be assessed on the facts of each case, bearing in mind the particular challenges that this undertaking presents.

[TRADUCTION] Il existe un nombre presque infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées dans le petit jury : l'âge, la profession, la fortune, la résidence, le pays d'origine, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la capacité, l'incapacité, etc. Il serait impossible d'assurer un tel degré de représentativité dans un jury donné.

[43] Bien que ces commentaires aient été formulés dans le contexte d'une contestation de la composition d'un petit jury, ils valent tout autant pour la composition de la liste des jurés. Même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui représente entièrement les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

[44] Cette conclusion est renforcée par les nombreuses restrictions acceptées à la représentativité de nos listes de jurés. Premièrement, une liste de jurés est dressée pour chaque district judiciaire, dont chacun est en soi une région artificiellement délimitée. Il se peut que la population d'un district donné ne soit pas du tout représentative de la population générale du Canada ou de la collectivité du district où l'infraction a été commise : *Church of Scientology*, p. 121. Deuxièmement, les restrictions à l'habilité à être juré ont pour effet d'exclure les non-citoyens, les personnes reconnues coupables d'une infraction criminelle et celles qui exercent certaines professions. Enfin, dans la plupart des provinces, le shérif a le pouvoir d'exempter certaines personnes d'agir comme jurés si cela leur impose une contrainte. Cela entraîne généralement l'exclusion des travailleurs autonomes, des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu. Toutes ces restrictions sont acceptées depuis longtemps malgré leur incidence sur la représentativité.

[45] La troisième caractéristique — la distribution — se passe d'explication. En somme, avant que la liste des jurés ne puisse être dressée, l'État doit envoyer des avis aux personnes choisies aléatoirement pour leur permettre de répondre. Le caractère adéquat de la distribution doit être apprécié à la lumière des faits de chaque affaire, compte tenu des défis propres à cette entreprise.

[46] Consequently, in defining representativeness as it pertains to the jury roll, the focus is on the process, not the result. If the state has used an adequate process, the jury roll will necessarily be representative even if particular subsets of the population have few individuals on the jury roll.

(2) The Role of Representativeness Within Sections 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*

[47] Sections 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* provide:

> **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;
>
> . . .
>
> (*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

Although representativeness is captured by both ss. 11(*d*) and 11(*f*), it plays a different role in these two guarantees, as I will discuss.

(a) *Section 11(d)*

[48] Since s. 11(*d*) focuses on the independence and impartiality of the tribunal, the role of representativeness under this guarantee is necessarily limited to its effect on these concepts. A problem with representativeness that does not undermine independence or impartiality will not violate s. 11(*d*). The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(*d*). Accordingly, I will limit my comments to this concept.

[46] Par conséquent, pour définir la représentativité dans le contexte de la liste des jurés, il faut privilégier le processus, et non le résultat. Si l'État a eu recours à une procédure adéquate, la liste des jurés sera forcément représentative même si des groupes précis de la population y sont peu représentés.

(2) Le rôle de la représentativité dans l'application des al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*

[47] Les alinéas 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* disposent :

> **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;
>
> . . .
>
> *f*) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Bien que la représentativité relève à la fois de l'al. 11*d*) et de l'al. 11*f*), elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties, comme je vais l'expliquer plus loin.

a) *Alinéa 11d)*

[48] Puisque l'al. 11*d*) met l'accent sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, le rôle que joue la représentativité dans l'application de cette garantie se limite forcément à son incidence sur ces deux notions. Le problème de représentativité qui ne mine pas l'indépendance ou l'impartialité n'emportera pas violation de l'al. 11*d*). Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de cet alinéa. Je limiterai donc mes commentaires à cette notion.

[49] To determine whether a tribunal is impartial, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would have a reasonable apprehension of bias: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 684-91; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111-12 and 147-48. A tribunal must be impartial at both the institutional and individual levels. Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(*d*) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 140.

[50] Representativeness is an important guarantor of impartiality: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 46. There are two potential problems with representativeness that may impact on impartiality. First, the deliberate exclusion of a particular group would cast doubt on the integrity of the process and violate s. 11(*d*) by creating an appearance of partiality: *Church of Scientology*, at p. 118. Second, even when the state has not deliberately excluded individuals, the state's efforts in compiling the jury roll may be so deficient that they create an appearance of partiality: see, e.g., *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(*d*).

[51] One important clarification about the relationship between representativeness and impartiality is in order. The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

[52] My colleague Cromwell J. implies at para. 238 that a petit jury drawn from a jury roll that does not include persons who share the same characteristics as the accused — here, Aboriginal on-reserve residency — will be less likely to detect and avoid the "often unconscious effects of racism". However, there is no empirical data to support the

[49] Pour déterminer si un tribunal est impartial, il faut se demander si une personne raisonnable et bien informée des circonstances éprouverait une crainte raisonnable de partialité : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684-691; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111-112 et 147-148. Le tribunal doit être impartial tant sur le plan institutionnel qu'individuel. Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11*d*) si la procédure suivie pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140.

[50] La représentativité est un gage important d'impartialité : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 46. La représentativité peut avoir deux failles susceptibles d'influer sur l'impartialité. Premièrement, l'exclusion délibérée d'un groupe en particulier jetterait un doute sur l'intégrité du processus et violerait l'al. 11*d*) en créant une apparence de partialité : *Church of Scientology*, p. 118. Deuxièmement, même lorsque l'État n'exclut pas délibérément des personnes, les efforts qu'il déploie pour dresser la liste des jurés peuvent laisser à désirer au point de créer une apparence de partialité : voir, p. ex., *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)). Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11*d*).

[51] Il convient d'apporter une précision importante sur le lien entre la représentativité et l'impartialité. La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

[52] Mon collègue le juge Cromwell laisse entendre au par. 238 qu'un petit jury constitué à partir d'une liste de jurés formée de personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques que l'accusé — en l'espèce, le résident autochtone d'une réserve — sera moins susceptible de déceler et d'empêcher les « effets souvent inconscients du racisme ».

proposition that jurors of the same race as the accused are necessary to evaluate the evidence in a fair and impartial manner: *Laws*, at p. 516. The case at hand attests to this. There has been no allegation of actual bias or partiality in this case, and the Court of Appeal found that there was "no support in the circumstances of this case" for a reasonable apprehension of bias or partiality (para. 226). Moreover, there has already been a judicial finding that Mr. Kokopenace received a fair trial: *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Our criminal justice system has a strong presumption of juror impartiality — and the jury selection process contains numerous safeguards that are designed to weed out potentially biased individuals and ensure that the jurors who are selected for the petit jury will judge the case impartially: *Find*, at paras. 26 and 41-42; *Williams*, at para. 47. Contrary to Cromwell J.'s assertion, these protections have never hinged on the existence of a jury roll that proportionately represents the various groups in our society. Although Canadian courts have held that the jury roll must be representative, they have never held that it must be *proportionately* representative, as my colleague suggests.

[54] Several principles emerge from this discussion. First, the link between representativeness and s. 11(*d*) is restricted to the effect of representativeness on the impartiality of the tribunal. Second, and by extension, a problem with representativeness does not automatically translate into a s. 11(*d*) violation: one must always look at whether the state's conduct created an appearance of bias. Finally, representativeness promotes impartiality through the process used to compile the jury roll, not through its ultimate composition.

(b) *Section 11(f)*

[55] In contrast to its limited role in s. 11(*d*), the role of representativeness in s. 11(*f*) is broader. Representativeness not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury's role as the "conscience of the

Cependant, aucune donnée empirique ne permet d'affirmer que les jurés doivent être de la même race que l'accusé pour être en mesure d'évaluer la preuve de façon équitable et impartiale : *Laws*, p. 516. La présente affaire en est la preuve. Aucune allégation de partialité réelle n'a été formulée en l'espèce, et selon la Cour d'appel, [TRADUCTION] « rien dans les circonstances de l'espèce » ne justifie une crainte raisonnable de partialité (par. 226). En outre, un tribunal a déjà conclu que M. Kokopenace avait bénéficié d'un procès équitable : *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Il existe, au sein de notre système de justice pénale, une forte présomption d'impartialité des jurés, et le processus de sélection des jurés comporte de nombreuses mesures de protection conçues pour écarter les personnes potentiellement partiales et garantir que celles choisies pour former le petit jury jugeront l'affaire de façon impartiale : *Find*, par. 26 et 41-42; *Williams*, par. 47. Contrairement à ce qu'affirme le juge Cromwell, ces protections n'ont jamais été tributaires de l'existence d'une liste de jurés qui représente proportionnellement les différents groupes de notre société. Même si les tribunaux canadiens ont conclu que la liste des jurés devait être représentative, ils n'ont jamais affirmé qu'elle devait être *proportionnellement* représentative, comme le soutient mon collègue.

[54] Plusieurs principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, le lien entre la représentativité et l'al. 11*d*) se limite à l'incidence de la représentativité sur l'impartialité du tribunal. Deuxièmement, et par extension, un problème de représentativité n'emporte pas automatiquement violation de l'al. 11*d*) : il faut toujours examiner si la conduite de l'État a créé une apparence de partialité. Enfin, la représentativité favorise l'impartialité grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de cette liste.

b) *Alinéa 11f)*

[55] Si la représentativité joue un rôle limité dans l'application de l'al. 11*d*), son rôle dans l'application de l'al. 11*f*) est important. Non seulement la représentativité favorise l'impartialité, mais elle confère

community" and promotes public trust in the criminal justice system: *Sherratt*, at pp. 523-25; *Church of Scientology*, at pp. 118-20. Representativeness is thus a necessary component of an accused's s. 11(*f*) right to a jury trial.

[56] To be able to act as the "conscience of the community" as required by s. 11(*f*), the jury must be representative. For the purposes of s. 11(*f*), the meaning of representativeness is the same as it is under s. 11(*d*): it protects the accused's right to an adequate jury selection process.

[57] Although both provisions incorporate the same definition of representativeness, the broader role it plays in s. 11(*f*) creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(*d*), the same cannot be said about s. 11(*f*). Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(*f*) right to a trial by jury. As this Court held in *Sherratt*, at p. 525:

> The perceived importance of the jury and the [s. 11(*f*)] *Charter* right to a jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. [Emphasis added.]

[58] For these reasons, a problem with representativeness will violate s. 11(*f*) even if it is not so serious as to undermine impartiality. That said, if a problem with representativeness does undermine impartiality, it will violate both ss. 11(*d*) and 11(*f*).

également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale : *Sherratt*, p. 523-525; *Church of Scientology*, p. 118-120. La représentativité est donc une composante essentielle du droit, reconnu à l'accusé par l'al. 11*f*), à un procès devant jury.

[56] Pour pouvoir agir à titre de « conscience de la collectivité » comme l'exige l'al. 11*f*), le jury doit être représentatif. Pour l'application de l'al. 11*f*), la représentativité a le même sens qu'à l'al. 11*d*) : elle protège le droit de l'accusé à un processus adéquat de sélection des jurés.

[57] Bien que les deux dispositions donnent le même sens à la représentativité, le rôle élargi qu'elle joue dans l'application de l'al. 11*f*) crée une différence importante : bien qu'un problème de représentativité n'emporte pas nécessairement violation de l'al. 11*d*), on ne peut pas en dire autant de l'al. 11*f*). Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l'al. 11*f*), à un procès avec jury. Tel que l'a mentionné la Cour dans l'arrêt *Sherratt*, p. 525 :

> L'importance perçue du jury et du droit, conféré par [l'al. 11*f*) de] la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ. [Je souligne.]

[58] Pour ces raisons, un problème de représentativité viole l'al. 11*f*) même s'il n'est pas grave au point de porter atteinte à l'impartialité. Cela dit, si un problème de ce genre porte atteinte à l'impartialité, il viole tant l'al. 11*d*) que l'al. 11*f*).

(3) The Legal Test for Representativeness

(a) *The Appropriate Test Focuses on the Process Used to Compile the Jury Roll*

[59] Representativeness focuses on the adequacy of the jury selection process. It does not require the state to ensure that any particular perspective is represented on the jury roll, nor does it require the state to ensure that its source lists proportionately represent all groups that are eligible for jury duty. It follows that the test to determine whether the state has complied with its representativeness obligation focuses on the process used throughout jury selection as opposed to the ultimate composition of the jury roll.

[60] The Court of Appeal concluded that the test is whether the state made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to participate in the jury process. With respect, I would frame the test differently. Shining the spotlight on "distinctive perspectives" is problematic and, in my view, improperly focuses on *who* is being included instead of the *process* for their inclusion. Moreover, it raises thorny questions about what qualifies as a "distinctive perspective" and what characteristics require representation — questions that are not helpful when examining if the process was adequate.

[61] As a result, I would reframe the test as follows. To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will have been provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly

(3) Le critère juridique de la représentativité

a) *Le critère applicable met l'accent sur la procédure suivie pour dresser la liste des jurés*

[59] La représentativité est axée sur le caractère adéquat du processus de sélection des jurés. Elle n'oblige pas l'État à faire en sorte qu'un point de vue en particulier soit représenté sur la liste des jurés ni à garantir que ses listes brutes représentent de façon proportionnelle tous les groupes de personnes habiles à remplir les fonctions de juré. Ainsi, le critère permettant de déterminer si l'État a respecté son obligation de représentativité met davantage l'accent sur le processus utilisé tout au long de la sélection des jurés que sur la composition finale de la liste des jurés.

[60] La Cour d'appel a conclu que le critère consiste à savoir si l'État a déployé des efforts raisonnables pour donner à des groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Soit dit en tout respect, je formulerais le critère différemment. Il est problématique de braquer les projecteurs sur les « points de vue distincts » et, à mon avis, cela met à tort l'accent sur *l'identité des personnes* inscrites sur la liste plutôt que sur le *processus* ayant mené à leur sélection. De plus, cette approche soulève des questions épineuses quant à savoir ce qui constitue un « point de vue distinct » et quelles caractéristiques doivent être représentées, questions auxquelles il n'est pas utile de répondre au moment d'examiner si le processus était adéquat.

[61] Par conséquent, je reformulerais le critère en ces termes. Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et

selected. In other words, it is the act of casting a wide net that ensures representativeness. Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll.

[62] Before elaborating on the details of this constitutional requirement, I pause to address my colleague Cromwell J.'s critique of this standard. I should not be misunderstood. There is no question that an accused is entitled, under the *Charter*, to a representative jury. I take that as a given. In defining the state's obligation as I have, I am not proposing, as Cromwell J. suggests at para. 249, that an accused is entitled to merely "a 'fair opportunity' to have a representative jury". Nor am I implying that the province need only "make 'reasonable efforts' not to [breach an accused's *Charter* rights]" (para. 250). With respect, Cromwell J.'s criticism is based on our differing views of what representativeness means in Canadian law. Because I would focus on the process used to compile the jury roll, the state's efforts are necessarily important. The reason Cromwell J. concludes that they are not is because he would define representativeness in terms of the jury roll's ultimate composition.

[63] As for my colleague Karakatsanis J., I agree with her conclusion that it is the process that determines whether an accused's right to a representative jury has been respected. However, I do not accept her suggestion that the process can be measured against a standard of objective adequacy. Rather, it is the quality of the state's efforts that will determine if the process is adequate. As the record shows, the compilation of jury rolls is a complex exercise, and many of the factors bearing on the process are not within the state's control. For example, as I will discuss, Ontario was entirely dependent on cooperation from the First Nations in order to obtain adequate lists of their on-reserve residents. According to Karakatsanis J., if the province fails to obtain adequate lists — even if that failure is due to factors outside its control — there will be a violation of representativeness. I cannot

(2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Autrement dit, c'est le fait de ratisser large qui garantit la représentativité. Elle ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés.

[62] Avant d'exposer en détail cette exigence constitutionnelle, je m'arrête ici pour répondre à la critique formulée par mon collègue le juge Cromwell au sujet de cette norme. Comprenez-moi bien. Il ne fait aucun doute que l'accusé a droit, selon la *Charte*, à un jury représentatif. Je tiens cela pour acquis. En définissant comme je l'ai fait l'obligation de l'État, je ne dis pas, comme le suggère le juge Cromwell au par. 249, que l'accusé a uniquement droit à une « "possibilité honnête" d'avoir un jury représentatif ». Je ne sous-entends pas non plus que la province n'a qu'à faire des « efforts raisonnables » pour ne pas porter atteinte aux droits reconnus à l'accusé par la *Charte* (par. 250). Soit dit en tout respect, la critique du juge Cromwell tient à notre désaccord sur le sens de la représentativité en droit canadien. Puisque je mets l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, les efforts de l'État sont forcément importants. Le juge Cromwell conclut qu'ils ne le sont pas parce qu'il définit la représentativité en fonction de la composition finale de la liste des jurés.

[63] Quant à ma collègue la juge Karakatsanis, je fais mienne sa conclusion selon laquelle c'est le processus qui détermine si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Je n'accepte cependant pas sa proposition qu'il est possible de mesurer le processus en fonction d'une norme objective du caractère adéquat. C'est plutôt la qualité des efforts déployés par l'État qui détermine si le processus est adéquat. Comme l'indique le dossier, l'établissement des listes de jurés est un exercice complexe et bon nombre des facteurs ayant une incidence sur le processus sont indépendants de la volonté de l'État. Par exemple, comme je l'expliquerai, l'Ontario dépendait entièrement de la collaboration des Premières Nations afin d'obtenir des listes adéquates de leurs membres qui vivent dans des réserves. D'après la juge Karakatsanis, lorsque la province ne parvient

accept a test that would find a violation even when the province has taken reasonable steps to compile the jury roll using random selection from broad-based lists and to deliver the notices to those who have been randomly selected.

[64] Similarly, I cannot accept Cromwell J.'s suggestion that the state must actively encourage responses or that, to this end, the state is obliged to address the distressing history of estrangement and discrimination suffered by Aboriginal peoples. There are good reasons why the state's representativeness obligation does not rise to this level and only requires a fair opportunity for participation. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. Requiring the state to target a particular group for inclusion would be a radical departure from the way the Canadian jury selection process has always been understood.

[65] In coming to this conclusion, I am in no way suggesting that the state should not take action on this pressing social problem. However, an accused's representativeness right is not the appropriate vehicle for this task. This right is held by the accused, not by societal groups. And, because the focus of representativeness is on the process, not the results, the state's constitutional obligation is satisfied by providing a fair opportunity to participate — even if part of the population declines to do so.

[66] That said, if the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate the accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. It is self-evident that the state will not have made reasonable efforts if it deliberately excludes part of the population. Deliberate exclusion

pas à obtenir de listes adéquates — même si cet échec est imputable à des facteurs indépendants de sa volonté — il y a atteinte à la représentativité. Je ne saurais retenir un critère menant à la conclusion qu'il y a atteinte même dans les cas où la province a pris des mesures raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes issues d'un large échantillon et envoyer les avis aux personnes choisies au hasard.

[64] Dans le même ordre d'idées, je ne peux accepter la proposition du juge Cromwell que l'État doit inciter activement les gens à participer et qu'il est tenu, à cette fin, de remédier à la marginalisation et à la discrimination navrantes dont ont été victimes les peuples autochtones. Il y a de bonnes raisons pour lesquelles l'obligation de représentativité de l'État ne va pas jusque là et ne requiert qu'une possibilité honnête de participer. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Obliger l'État à cibler un groupe en particulier constituerait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue du processus de sélection des jurés au Canada.

[65] En arrivant à cette conclusion, je n'affirme aucunement que l'État ne devrait pas s'occuper de ce problème social urgent. Toutefois, le droit de l'accusé à la représentativité n'est pas le bon moyen d'accomplir cette tâche. Ce droit appartient à l'accusé, non à des groupes de la société. Et, comme la représentativité est axée sur le processus plutôt que sur les résultats, l'État respecte son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer, même si une partie de la population refuse de s'en prévaloir.

[66] Cela dit, si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Il va de soi que l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables s'il exclut délibérément une partie de la population. L'exclusion délibérée mine l'intégrité du

undermines the integrity of the justice system and cannot be tolerated. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether the accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. A failure to make reasonable efforts in respect of a small segment of the population will not undermine the overall representativeness of the jury roll because there is no right to proportionate representation. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

(b) *The Process for Raising a Challenge to the Representativeness of the Jury Roll*

[67] In my view, if an accused intends to challenge the representativeness of the jury roll, the appropriate time to do so is at the outset of the trial. It is a waste of judicial time and resources to conduct an entire trial only to have representativeness challenged after the fact. Although not an exact parallel, I note that this accords with the typical process for raising a challenge to a jury panel (also known as the array) under s. 629 of the *Criminal Code*. In raising a challenge to the jury roll, the accused should provide an evidentiary basis to show that the province has not met its constitutional obligation. Nevertheless, I recognize that new evidence pointing to serious concerns about the integrity of the jury roll process may on occasion arise in the course of or after the trial. In such cases, I do not foreclose the possibility that a challenge may still be raised: see *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.).

[68] The intervener Advocates' Society submits that, in all cases, the Crown should be required to provide pre-trial disclosure about the province's efforts to meet its representativeness obligation. With respect, I disagree. There will only be a basis to

système de justice et ne saurait être tolérée. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. L'absence d'efforts raisonnables à l'égard d'une petite couche de la population ne compromet pas la représentativité globale de la liste des jurés parce qu'il n'existe aucun droit à une représentation proportionnelle. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

b) *La marche à suivre pour contester la représentativité de la liste des jurés*

[67] À mon avis, si l'accusé a l'intention de contester la représentativité de la liste des jurés, il doit le faire au début du procès. Ne contester qu'après coup la représentativité à l'issue de tout un procès constitue un gaspillage du temps et des ressources du tribunal. Quoique le parallélisme ne soit pas parfait, je souligne que cette façon de faire est conforme à la procédure habituelle de récusation du tableau des jurés prévue à l'art. 629 du *Code criminel*. Lorsqu'il conteste la liste des jurés, l'accusé devrait fournir des éléments de preuve montrant que la province a manqué à son obligation constitutionnelle. Je reconnais néanmoins que de nouveaux éléments de preuve faisant état de graves préoccupations quant à l'intégrité de la procédure suivie pour dresser la liste des jurés peuvent parfois surgir pendant ou après le procès. Dans de tels cas, je n'écarte pas la possibilité de présenter une contestation : voir *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.).

[68] L'intervenante Advocates' Society fait valoir que le ministère public devrait être tenu dans tous les cas de fournir avant le procès de l'information sur les efforts déployés par la province pour respecter son obligation de représentativité. Avec égards,

order such disclosure if the trial judge is satisfied that there is an evidentiary foundation for the concern. Absent such foundation, a request for disclosure on this issue amounts to little more than a fishing expedition.

(c) *A Results-Based Test Must Be Rejected*

[69] With respect, I am unable to agree with the results-based test proposed by my colleague, Cromwell J. He would require that the group of individuals on the jury roll be "substantially similar" to a random selection of eligible jurors (paras. 246-47). In other words, he would afford an accused the right to a jury roll that is more or less proportionately representative of the population of eligible jurors in the relevant judicial district. In his view, the representativeness right is not concerned with either the process or with the state's efforts: he indicates that such factors only become relevant when determining whether a breach of that right is attributable to the state.

[70] I cannot accept that an accused's right to a representative jury entails an entitlement to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the preparation of the jury roll. Indeed, the recognition of such a right would be unprecedented in Canada. As I have explained, an accused has never been entitled to a jury roll of any particular composition, much less one that proportionately represents the broader population — and with good reason. Put simply, it would be unworkable and would spell the end of the jury system as we presently know it. More than a decade after the *Charter* was enacted, McLachlin J. (as she then was) described the problems that would flow from a requirement of proportionate representation. In her concurring reasons in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, she stated:

je ne suis pas de cet avis. Il ne sera justifié d'ordonner la communication de ces renseignements que si le juge du procès est convaincu que la préoccupation est fondée sur la preuve. Sans preuve à l'appui, une demande de communication sur ce point ne constitue guère plus qu'une recherche à l'aveuglette.

c) *Le critère fondé sur les résultats doit être rejeté*

[69] Avec égards, je ne peux souscrire au critère fondé sur les résultats que propose mon collègue le juge Cromwell. Il exigerait que le groupe de personnes figurant sur la liste des jurés « ressemble sensiblement » au résultat d'une sélection aléatoire de personnes habiles à être jurés (par. 246-247). Autrement dit, il conférerait à l'accusé le droit à une liste de jurés qui est plus ou moins proportionnellement représentative de l'ensemble des personnes habiles à être jurés dans le district judiciaire en question. Selon lui, le droit à la représentativité n'a trait ni au processus, ni aux efforts de l'État : il indique que ces facteurs ne sont utiles qu'au moment de déterminer si une atteinte à ce droit est imputable à l'État.

[70] Je ne saurais reconnaître que le droit de l'accusé à un jury représentatif emporte le droit à la représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection des jurés, notamment à celle de la confection de la liste des jurés. En effet, la reconnaissance d'un tel droit serait sans précédent au Canada. Comme je l'ai expliqué, l'accusé n'a jamais eu droit à une liste de jurés d'une composition précise, encore moins à une liste qui représente proportionnellement la population générale, et ce, pour de bonnes raisons. Ce droit serait tout simplement inapplicable et entraînerait la disparition du système de jury dans sa forme actuelle. Plus d'une décennie après l'adoption de la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décrit les problèmes qui découleraient d'une exigence de représentation proportionnelle. Voici ce qu'elle a écrit dans ses motifs concordants dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58 :

Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be "impartial, representative and competent". I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

[71] I understand the Chief Justice to be saying that *proportionate representation* is not a constitutional imperative and would be impossible to achieve in practice. These comments are as valid today as they were 20 years ago. I see no reason for departing from them. My colleague attempts to distinguish *Biddle* on the basis that it dealt with the petit jury stage of jury selection. With respect, this distinction is irrelevant. As I have repeatedly pointed out, there is not a single case in which proportionate representation has been held to be a constitutional requirement at *any* stage of the jury selection process. The practical difficulties the Chief Justice exposed in *Biddle* apply with equal force to both the petit jury and the jury roll.

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être « impartial, représentatif et compétent ». J'admets que le jury doive être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n'a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d'hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu'ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompétents?

Exiger que le jury soit représentatif, c'est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d'impartialité et de compétence. J'irais même jusqu'à dire que c'est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès.

Exiger la représentativité d'un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l'instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l'affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l'utilité de s'engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l'impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d'atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d'exigence absolue.

[71] Si j'ai bien compris les propos de la Juge en chef, la *représentation proportionnelle* n'est pas un impératif constitutionnel et constitue un objectif impossible à atteindre en pratique. Ces commentaires sont tout aussi valables aujourd'hui qu'ils l'étaient il y a 20 ans. Je ne vois aucune raison de m'en écarter. Mon collègue tente d'établir une distinction d'avec *Biddle* du fait que cette affaire portait sur l'étape de la sélection des jurés relative à la constitution du petit jury. Avec égards, cette distinction n'est pas pertinente. Comme je l'ai souligné à maintes reprises, il n'y a pas une seule décision dans laquelle le tribunal a conclu que la représentation proportionnelle était une exigence constitutionnelle à *quelque* étape *que ce soit* du processus de sélection des jurés. Les difficultés pratiques dont fait état la Juge en chef dans *Biddle* touchent autant le petit jury que la liste des jurés.

[72] Justice Cromwell recognizes the problem with defining representativeness broadly. At para. 227, he states:

> . . . there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury . . . . Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems.

[73] And yet, my colleague's approach gives rise to the very problems that he himself characterizes as insurmountable. The only way to determine if either the source lists or the ultimate jury roll is "substantially similar" to the broader population is to inquire into the personal characteristics and backgrounds of the individuals on both the source lists and the jury roll, and then compare them to the makeup of the larger population. My colleague recognizes that this would require the province to determine "who and what needs to be represented on the jury". But what would the focus be? Would it be race? Ethnicity? Religion? Age? Economic status? Sexual identity? How closely must the jury roll resemble the makeup of the population in a particular judicial district before it will be considered "substantially similar"? With respect, my colleague provides no answer to these questions.

[74] Inquiring into prospective jurors' identities would be a radical departure from the way jury selection has always been understood in Canada. Source lists typically do not reveal individuals' backgrounds. Nor do jury questionnaires ask individuals to reveal personal characteristics such as race, ethnicity, or religion. To the contrary, the jury selection process has long been based on the respect for juror privacy. Examining potential jurors' backgrounds at the jury roll stage would impermissibly undermine this principle.

[72] Le juge Cromwell reconnaît que définir la représentativité de façon générale pose problème. Au paragraphe 227, il affirme ce qui suit :

> . . . d'interminables débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques [. . .] Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables.

[73] Et pourtant, l'approche de mon collègue est à l'origine des problèmes mêmes qu'il qualifie d'insurmontables. Pour déterminer si les listes brutes ou la liste définitive des jurés « ressemblent sensiblement » à la population générale, il faut nécessairement se renseigner sur les caractéristiques et les antécédents personnels des individus figurant tant sur les listes brutes que sur la liste des jurés, et les comparer ensuite à la composition de la population générale. Mon collègue reconnaît que cela obligerait la province à établir « qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques ». Mais sur quelle caractéristique mettrait-on l'accent? Serait-ce sur la race? L'origine ethnique? La religion? L'âge? La situation économique? L'identité sexuelle? À quel point la liste des jurés et la composition de la population d'un district judiciaire en particulier doivent-elles se ressembler pour être considérées « sensiblement [semblables] »? Avec égards, mon collègue ne répond pas à ces questions.

[74] Se renseigner sur l'identité des candidats jurés représenterait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue de la sélection des jurés au Canada. Habituellement, les listes brutes ne révèlent pas les antécédents des personnes qui y figurent. Dans les questionnaires, on ne demande pas non plus aux personnes de dévoiler leurs caractéristiques personnelles comme leur race, leur origine ethnique ou leur religion. Au contraire, le processus de sélection des jurés est fondé depuis longtemps sur le respect de la vie privée des jurés. Le fait d'examiner les antécédents des candidats jurés lorsque vient le temps de dresser la liste des jurés minerait ce principe de manière inacceptable.

[75] Furthermore, granting an accused the right to a proportionately representative jury roll, as my colleague does, would have a drastic impact on the conduct of criminal trials. Because representativeness is not concerned with securing individuals who share the accused's characteristics, it is irrelevant whether the accused is of the same background as the under-responsive group. If, as Cromwell J. suggests, the accused is entitled to a proportionately representative jury roll, defence counsel would presumably be permitted to access the source lists and the jury roll at the outset of every trial. He or she could then argue that the roll is unrepresentative if *any group*'s rate of inclusion does not approximate its percentage of the broader population — assuming we could somehow solve the impenetrable problem of what groups we are talking about.

[75] De plus, conférer à l'accusé le droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, comme le fait mon collègue, aurait une incidence radicale sur le déroulement des procès criminels. Puisque la représentativité ne vise pas à garantir que des personnes ayant les mêmes caractéristiques que l'accusé figureront sur la liste des jurés, il est inutile de déterminer si l'accusé provient du même milieu que le groupe sous-représenté. Si, comme le suggère le juge Cromwell, l'accusé a droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, l'avocat de la défense serait vraisemblablement autorisé à consulter les listes brutes et la liste des jurés au début de chaque procès. Il pourrait ensuite prétendre que la liste n'est pas représentative si le taux de participation de *quelque groupe que ce soit* ne correspond pas à peu près à son pourcentage de la population générale — à supposer que nous puissions régler d'une quelconque façon la question insoluble de savoir de quel groupe il s'agit.

[76] The effect of this is two-fold. First, it would create a procedural quagmire at the outset of jury trials. Second, if a jury roll is found to be unrepresentative, it cannot be used for any trial — and each judicial district has only a single jury roll for a calendar year. Respectfully, adopting Cromwell J.'s expanded view of representativeness risks compromising, if not crippling, the ability to proceed with jury trials throughout the country.

[76] Cette approche a un double effet. Premièrement, elle créerait un bourbier procédural au début des procès devant jury. Deuxièmement, s'il s'avère qu'une liste de jurés n'est pas représentative, elle ne peut être utilisée pour aucun procès — et chaque district judiciaire ne possède qu'une seule liste de jurés pour une année civile. Soit dit en tout respect, si l'on adopte la conception élargie qu'a le juge Cromwell de la représentativité, cela risque de compromettre, voire d'anéantir, la capacité de tenir des procès devant jury partout au pays.

[77] My colleague seeks to allay these concerns. He maintains that his results-based test will not turn the jury selection process on its head because the problem caused by s. 6(8) of the *Juries Act* is unique to Ontario. Section 6(8) makes the problem with the underrepresentation of on-reserve residents visible in Ontario; he would therefore place heightened obligations on that province.

[77] Mon collègue cherche à dissiper ces craintes. Il soutient que son critère fondé sur les résultats ne bouleversera pas le processus de sélection des jurés parce que le problème posé par le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* est propre à l'Ontario. Le paragraphe 6(8) dévoile le problème de la sous-représentation des résidents des réserves en Ontario; le juge Cromwell est donc d'avis d'imposer des obligations accrues à cette province.

[78] With respect, it is artificial to suggest that the impact of my colleague's test can be confined to the problem that the s. 6(8) process has revealed. There is likely underrepresentation of on-reserve residents in other provinces, although the problem may be

[78] Avec égards, il est factice de laisser entendre que le critère de mon collègue n'aura d'incidence que sur le problème mis au jour par le processus établi au par. 6(8). Les résidents des réserves dans d'autres provinces sont sans doute sous-représentés,

less visible. One need only consider the Iacobucci Report to realize this. Either representativeness means actual proportionate representation of the community or it does not. It cannot be the case that the *Charter* protects an accused's right to a jury that proportionately represents groups whose numbers on the jury roll are readily identifiable from available data, but provides little or no assurance of proportionality for groups whose numbers on the jury roll are not so apparent. I cannot agree with my colleague's assertion that his test can be confined to situations involving s. 6(8). In my view, it has much broader implications.

bien que ce problème soit peut-être moins apparent. On n'a qu'à étudier le rapport Iacobucci pour s'en rendre compte. Soit la représentativité s'entend de la représentation proportionnelle de la collectivité, soit elle n'a pas cette acception. Il est impossible que la *Charte* protège le droit de l'accusé à un jury qui représente proportionnellement des groupes dont le nombre de membres inscrits sur la liste des jurés peut être facilement établi à l'aide des données disponibles, mais n'assure guère ou pas du tout la représentation proportionnelle des groupes dont le nombre de membres figurant sur la liste des jurés n'est pas aussi évident. Je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue selon laquelle son critère peut être limité aux situations mettant en cause le par. 6(8). À mon sens, ce critère a des ramifications beaucoup plus larges.

[79] My colleague takes a similar approach to the concern that his test will open the floodgates and give rise to regular and persistent challenges to the jury roll on the basis that it is not proportionately representative. He purports to overcome this concern by offering a simple solution. At paras. 228-29, he states:

> These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. . . .
>
> The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

[79] Mon collègue aborde de la même façon la crainte que son critère déclenchera un déluge et donnera lieu à des contestations périodiques et constantes de la liste des jurés au motif qu'elle n'est pas proportionnellement représentative. Il dit surmonter cette crainte en proposant une solution simple. Voici ce qu'il affirme aux par. 228-229 :

> Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. . .
>
> Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

[80] I have two comments about this.

[80] J'ai deux choses à dire à ce sujet.

[81] First, my colleague's solution is problematic. An accused who does not know that his constitutional right to a representative jury is being breached, and who has no meaningful way of finding out, is left in the unsatisfactory position of having a right without a remedy.

[81] Tout d'abord, la solution proposée par mon collègue pose problème. L'accusé qui n'est pas au courant de l'atteinte à son droit constitutionnel à un jury représentatif et qui ne peut pas vraiment la découvrir se trouve dans la situation insatisfaisante de la personne qui jouit d'un droit tout en étant privée d'un recours pour le faire respecter.

[82] With respect, I find it incongruous to tell an accused in one breath that he has an important constitutional right and, in the next, render it virtually impossible for him to establish that the right has been infringed. My colleague's approach to jury representativeness rises and falls with the actual makeup of the jury roll: the characteristics of the individuals on the jury roll would determine whether the accused's right has been respected. And yet, the data that bears on this crucial question is information that the state cannot legitimately seek out without obliterating our long-held commitment to juror privacy — a principle that my colleague agrees should be maintained. Any test that contains such an inherent contradiction is one that should be rejected.

[83] Second, if my colleague's test were to prevail, I believe that trial judges would set a low bar for an accused to challenge the representativeness of a jury roll — and it would be far less difficult to meet the required threshold than my colleague suggests. And before long, the jury selection process would become a public inquiry into the historical and cultural wrongs and damaged relationships between particular societal groups and our criminal justice system and the failings of the state to take adequate steps to address them. In turn, this would make it virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country — and the administration of criminal justice would suffer a devastating blow.

[84] My colleague responds to this concern by noting that in *Williams*, this Court rejected "slippery slope" arguments that were advanced to oppose efforts to "guard against racism in jury selection" — and yet "the sky has not fallen" (para. 239). He contends that his proposal will have a similarly minor effect on jury trials. With respect, the comparison to *Williams* is flawed.

[85] Unlike my colleague's proposed test, *Williams* did not involve a significant change to the law governing the jury selection process. The issue in

[82] En toute déférence, il me paraît incongru de dire à l'accusé qu'il jouit d'un important droit constitutionnel et de l'empêcher pratiquement, du même souffle, d'établir qu'il y a eu atteinte à ce droit. La conception qu'a mon collègue de la représentativité du jury dépend de la composition de la liste des jurés : les caractéristiques des personnes inscrites sur la liste indiqueraient si le droit de l'accusé a été respecté. Or, les données qui se rapportent à cette question cruciale sont des renseignements que l'État ne peut légitimement chercher à obtenir sans effacer notre engagement de longue date envers la protection de la vie privée des jurés, un principe qui doit être maintenu, ce dont convient mon collègue. Tout critère qui comporte cette contradiction inhérente doit être rejeté.

[83] Ensuite, si l'on retenait le critère de mon collègue, je crois que le juge du procès fixerait une norme peu exigeante pour l'accusé qui conteste la représentativité d'une liste de jurés et il serait beaucoup plus facile d'atteindre le seuil applicable que l'affirme mon collègue. Et le processus de sélection des jurés deviendrait en peu de temps une enquête publique sur les torts culturels causés dans le passé, la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale ainsi que l'omission de l'État de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier à ces maux. Il serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays, et l'administration de la justice pénale en souffrirait énormément.

[84] Mon collègue répond à cette préoccupation en soulignant que dans *Williams*, la Cour a rejeté les arguments du « doigt dans l'engrenage » avancés à l'encontre des mesures visant à « contrer le racisme dans la sélection des jurés » et « le ciel ne nous est pas tombé sur la tête » pour autant (par. 239). Il soutient que sa proposition aura une incidence tout aussi mineure sur les procès devant jury. Soit dit en tout respect, la comparaison avec l'arrêt *Williams* est viciée.

[85] Contrairement au test proposé par mon collègue, l'arrêt *Williams* n'a pas entraîné une modification importante du droit applicable au processus

Williams was whether an accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause based on widespread racial bias against Aboriginal people amongst members of the community. The challenge for cause process is a long-standing feature of the Canadian jury selection process. *Williams* simply decided that a particular type of challenge was permissible within the existing challenge for cause framework. Thus, the issue in *Williams* was a narrow one, with limited potential to destabilize our jury system. It must be remembered that a challenge for cause typically involves asking prospective jurors a single question, to which a "yes" or "no" response is required. It does not entail an invasion of privacy or a departure from random selection, nor does it have a significant impact on the jury selection process.

de sélection des jurés. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si l'accusé devait être autorisé à demander la récusation motivée de candidats jurés sur le fondement de l'existence de préjugés raciaux largement répandus chez les membres de la collectivité contre les Autochtones. Le processus de récusation motivée est une caractéristique de longue date du processus canadien de sélection des jurés. La Cour a simplement décidé dans *Williams* qu'un type particulier de récusation était permis dans le cadre du régime existant de récusation motivée. En conséquence, la question soulevée dans *Williams* était une question étroite, peu susceptible de déstabiliser notre système de jury. Il faut se rappeler que la demande de récusation motivée consiste généralement à poser aux candidats jurés une seule question, à laquelle ils doivent répondre par « oui » ou par « non ». Elle n'entraîne pas d'atteinte à la vie privée ni de dérogation à la sélection aléatoire, et elle n'a pas non plus d'incidence importante sur le processus de sélection des jurés.

[86] The same cannot be said of my colleague's approach. To require a proportionately representative jury roll, as he does, would be unprecedented. As I have discussed at length, proportionate representation has never been a feature of our jury selection process. Adopting his suggestion would do away with other well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would have an inquisition into prospective jurors' backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. This would entail a complete overhaul of our jury selection process. In short, he proposes a sea change in the law — one with far-reaching effects.

[86] On ne peut pas en dire autant de l'approche préconisée par mon collègue. Exiger comme il le fait une liste de jurés proportionnellement représentative serait sans précédent. Comme je l'ai expliqué en détail, la représentation proportionnelle n'a jamais constitué une caractéristique de notre processus de sélection des jurés. Adopter la solution qu'il propose reviendrait à écarter d'autres principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l'obligation pour l'État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Cela donnerait lieu à un remaniement complet de notre processus de sélection des jurés. En bref, il propose une modification radicale du droit — modification dont les effets auraient une grande portée.

[87] Finally, I wish to address my colleague's assertion that in expressing concerns about his proposed test, I am "oppos[ing] efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection" (para. 239). Nothing could be further from the truth. I firmly believe that the state should do as much as it can to overcome the systemic issues that

[87] Enfin, je tiens à aborder l'affirmation de mon collègue selon laquelle, en exprimant des préoccupations à l'égard du critère qu'il propose, je « [m]'oppos[e] aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés » (par. 239). Rien ne saurait être plus loin de la vérité. Je crois fermement que

have led Aboriginal peoples to mistrust and decline to participate in our justice system. Hopefully that process of healing and reconciliation will occur in the foreseeable future.

[88] In the meantime, what are we to do about jury trials? Are we to force Aboriginal people to participate under threat of imprisonment? Are we to carve out special rules allowing Aboriginal people to volunteer for jury duty, and thereby destroy the concept of randomness that is vital to our jury selection process in criminal trials? Are we to say that an Aboriginal on-reserve resident from the District of Kenora facing charges in Toronto or a similar district with no Aboriginal on-reserve population should be entitled to a change of venue? Are we to say that such an individual cannot get a fair trial in Toronto? Are we to say that other marginalized groups that have similarly strong grievances with our justice system can only get a fair trial if the jury roll proportionately reflects their numbers in a given community? These concerns are real, and my colleague provides no answer to them. He states that there are "many obvious concrete and practical steps that could be taken" to address the problem of low response rates from Aboriginal on-reserve residents (para. 240). However, none of these suggestions address the concerns about his proportionate representation requirement that have been raised by myself and many others — including the current Chief Justice in her reasons in *Biddle*. With respect, the criticism that my colleague levels against me — that I am using "slippery slope" arguments as a means of opposing efforts to confront racism in the jury selection process — is both unfair and unwarranted.

l'État doit faire tout ce qu'il peut pour surmonter les problèmes systémiques qui ont amené les Autochtones à se méfier de notre système de justice et à refuser d'y participer. Ce processus de guérison et de réconciliation s'opérera, espérons-le, dans un avenir prévisible.

[88] Entre-temps, que doit-on faire à propos des procès devant jury? Devons-nous forcer les Autochtones à y participer, sous peine d'emprisonnement? Nous faut-il établir des règles spéciales qui leur permettent de se porter volontaires pour agir comme jurés et abolir par le fait même le principe de la sélection aléatoire, principe essentiel à notre processus de sélection des jurés dans les procès criminels? Faut-il en conclure que le résident autochtone d'une réserve du district de Kenora qui fait l'objet d'accusations à Toronto ou dans un district semblable — où il n'y a pas d'Autochtones vivant dans des réserves — devrait avoir droit à un changement du lieu du procès? Est-ce à dire qu'une telle personne ne peut bénéficier d'un procès équitable à Toronto? Devons-nous en conclure que d'autres groupes marginalisés ayant des griefs tout aussi solides à l'encontre de notre système de justice ne peuvent bénéficier d'un procès équitable que si la liste des jurés est proportionnellement représentative du nombre de membres de ces groupes dans une collectivité donnée? Ces préoccupations sont réelles, et mon collègue n'y répond aucunement. Selon lui, « [i]l existe de nombreux moyens évidents de s'attaquer concrètement » au problème du faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves (par. 240). Cependant, aucune de ces suggestions ne répond aux préoccupations relatives à l'exigence de représentation proportionnelle qu'il propose, préoccupations que moi-même et bien d'autres avons exprimées, notamment la juge en chef actuelle dans les motifs qu'elle a rédigés dans *Biddle*. Avec égards, la critique de mon collègue à mon endroit — selon laquelle je me sers des arguments du « doigt dans l'engrenage » pour m'opposer aux efforts visant à contrer le racisme dans le processus de sélection des jurés — est à la fois injuste et non fondée.

(d) *A "Functional Approach" Must Be Rejected*

[89] My colleague Karakatsanis J. concludes that representativeness describes "the functioning of the jury as an institution" (para. 151) and that an accused's right to a representative jury will be violated only when "society would no longer accept that a jury chosen from [the jury roll] could legitimately act on its behalf" (para. 161). She explains that this will occur where an accused can establish the "[i]ntentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll" (para. 173). Alternatively, she states that "[s]ubstantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society" (*ibid.*).

[90] With respect, I have two concerns with this approach.

[91] First, the test my colleague proposes is amorphous and will prove difficult, if not impossible, to apply. It uses vague language, and provides little or no guidance to trial judges. Absent guidance, we are left to ask: When will society no longer accept that a jury chosen from a particular roll could legitimately act on its behalf?

[92] Second, under the guise of broadening the test for representativeness and the state's attendant constitutional obligations, my colleague proposes a test that would hold the state accountable for factors outside of its control. Under her test, the state will not have met its constitutional obligation if a group comprising a significant portion of a judicial district's population refuses to participate in the jury process — even if the state has made reasonable efforts to provide that group with a fair opportunity to do so. With respect, I cannot accept such a test.

d) *Il faut rejeter l'« interprétation fonctionnelle »*

[89] Ma collègue la juge Karakatsanis conclut que la représentativité décrit « le fonctionnement du jury en tant qu'institution » (par. 151) et qu'il y a violation du droit de l'accusé à un jury représentatif uniquement lorsque « la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom » (par. 161). Selon elle, c'est ce qui arrive lorsque l'accusé peut établir l'« exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés » (par. 173). Subsidiairement, elle affirme qu'une « exclusion importante, bien qu'involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière » (*ibid.*).

[90] En toute déférence, cette approche me préoccupe à deux égards.

[91] Premièrement, le critère que propose ma collègue est flou et il s'avérera difficile, voire impossible, à appliquer. Il emploie des termes vagues et ne donne que peu ou pas d'indications aux juges de première instance. En l'absence d'indications, il faut se poser la question suivante : à quel moment la société n'admettra-t-elle plus qu'un jury constitué à partir d'une liste donnée puisse légitimement agir en son nom?

[92] Deuxièmement, sous prétexte d'élargir le critère de la représentativité et les obligations constitutionnelles de l'État qui s'y rattachent, ma collègue propose un critère qui tient l'État responsable de facteurs indépendants de sa volonté. Suivant ce critère, l'État ne respecte pas son obligation constitutionnelle si un groupe qui représente une portion importante de la population d'un district judiciaire refuse de participer au processus de sélection des jurés, même si l'État a déployé des efforts raisonnables pour donner à ce groupe une possibilité honnête d'y prendre part. Soit dit en tout respect, je ne peux accepter un tel critère.

B. *Did Ontario Meet Its Representativeness Obligation in This Case?*

[93] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred in three respects in concluding that Ontario failed to make reasonable efforts. I will discuss each in turn. These three errors of law were central to the majority's reasoning process and undermine their conclusions. Properly analyzed, while not perfect, Ontario's efforts were reasonable.

(1) The Legal Errors in the Majority's Reasons

(a) *The Legal Test*

[94] The principal error in the majority's approach was its reliance on a test that imposed too high a standard. Both LaForme and Goudge JJ.A. required Ontario to go beyond making reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of the population, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. Rather, they applied a standard that obliged Ontario to actively encourage responses from Aboriginal on-reserve residents by investigating and addressing other causes of the low response rates.

[95] The high standard applied by the majority flowed from their incorrect definition of representativeness. Both judges defined representativeness in relation to the ultimate makeup of the jury roll as opposed to the process used to compile it. Because they defined representativeness in relation to the makeup of the jury roll, the majority concluded that increased efforts were required in the face of low response rates and found that, without such efforts, the jury roll would be unrepresentative. This conclusion does not necessarily follow. To the extent the low rate of return was caused by problems with the source lists or delivery, Ontario was obliged to make reasonable efforts to address the problem. Such

B. *L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?*

[93] Soit dit en tout respect, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis trois erreurs en concluant que l'Ontario n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. J'analyserai chacune de ces erreurs à tour de rôle. Ces trois erreurs de droit étaient au cœur du raisonnement des juges majoritaires et minaient leurs conclusions. Il appert d'une analyse adéquate que les efforts de l'Ontario, à défaut d'être parfaits, étaient raisonnables.

(1) Les erreurs de droit relevées dans les motifs des juges majoritaires

a) *Le critère juridique*

[94] La principale erreur que les juges majoritaires ont commise dans leur approche était de s'être fondés sur un critère qui imposait une norme trop élevée. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux exigé de l'Ontario qu'il fasse davantage que de déployer des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la population et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Ils ont plutôt appliqué une norme qui obligeait l'Ontario à encourager activement la participation des résidents autochtones des réserves en étudiant les autres causes du faible taux de réponse et en s'y attaquant.

[95] Les juges majoritaires ont appliqué une norme élevée parce qu'ils avaient mal défini la représentativité. Ils l'ont tous deux définie par rapport à la composition finale de la liste des jurés plutôt qu'au processus utilisé pour l'établir. Comme ils ont défini la représentativité en fonction de la composition de la liste des jurés, les juges majoritaires ont conclu qu'il fallait redoubler d'efforts vu le faible taux de réponse et que, sans de tels efforts, la liste des jurés ne serait pas représentative. Ce n'est pas la conclusion qu'il faut nécessairement tirer. Dans la mesure où le faible taux de réponse était attribuable aux failles des listes brutes ou de la distribution, l'Ontario devait déployer des efforts

problems are part of the process, and are therefore part of Ontario's obligation to provide a fair opportunity. However, Ontario was not required to address any and all causes of the low response rates. It was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. With respect, the majority erred in concluding that Ontario was required to do so.

[96] Moreover, the majority improperly held that Ontario had an obligation to actively encourage responses in order to overcome the low response rates. Ontario's failure to do so was one of the crucial factors underpinning the majority's conclusion that Ontario "ignored" the problem and failed to make reasonable efforts. However, Ontario was not obliged to encourage responses. Its constitutional obligation was satisfied by providing a fair opportunity to participate.

(b) *The Honour of the Crown and Gladue Principles*

[97] The majority also erred by holding that the analysis of Ontario's efforts must be informed by both the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system, as discussed in *Gladue*, and the honour of the Crown. There are two reasons why these considerations should not have been taken into account.

[98] First, the honour of the Crown and *Gladue* principles should not have been considered because neither is relevant to the state's obligation to make reasonable efforts to compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society and deliver jury notices to those who have been randomly selected.

raisonnables pour résoudre le problème. Ces failles font partie du processus et s'inscrivent donc dans l'obligation de l'Ontario de donner une possibilité honnête. Cependant, l'Ontario n'était pas tenu de s'attaquer à toutes les causes du faible taux de réponse. Il n'était pas non plus obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Avec égards, les juges majoritaires ont conclu à tort que l'Ontario devait agir ainsi.

[96] En outre, les juges majoritaires ont décidé irrégulièrement que l'Ontario avait l'obligation d'encourager activement les gens à répondre afin de remédier au faible taux de réponse. L'omission de l'Ontario de le faire était l'un des facteurs cruciaux sous-tendant la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'Ontario avait [TRADUCTION] « négligé » le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. Il n'était cependant pas tenu d'encourager la participation. Il a respecté son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer.

b) *L'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans Gladue*

[97] Les juges majoritaires ont aussi fait erreur en concluant que l'analyse des efforts de l'Ontario devait tenir compte à la fois de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale, thème dont il est question dans l'arrêt *Gladue*, et de l'honneur de la Couronne. Il existe deux raisons pour lesquelles ces considérations n'auraient pas dû être prises en compte.

[98] Premièrement, l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue* n'auraient pas dû être pris en considération parce qu'ils n'ont aucun lien avec l'obligation de l'État de déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard.

[99] Second, the majority incorrectly held that the honour of the Crown was engaged simply because s. 6(8) of the *Juries Act* calls on the government to treat Aboriginal on-reserve residents differently for the purposes of jury selection. While it is true that s. 6(8) deals specifically with Aboriginal on-reserve residents, at bottom, it is an administrative provision. The typical process for compiling jury rolls under s. 6(2) of the *Juries Act* relies on lists that do not capture on-reserve residents. Section 6(8) therefore provides a mechanism for including individuals residing on reserves. It does not create a particular obligation to Aboriginal peoples, nor does it create a need for consultation between the Crown and Aboriginal groups. In these circumstances, the honour of the Crown is not engaged. As this Court emphasized in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 72, not all interactions between the Crown and Aboriginal peoples engage the honour of the Crown:

> . . . the obligation must be explicitly owed to an Aboriginal group. The honour of the Crown will not be engaged by a constitutional obligation in which Aboriginal peoples simply have a strong interest. Nor will it be engaged by a constitutional obligation owed to a group partially composed of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples are part of Canada, and they do not have special status with respect to constitutional obligations owed to Canadians as a whole. But a constitutional obligation explicitly directed at an Aboriginal group invokes its "special relationship" with the Crown . . . . [Citation omitted.]

[100] Given that s. 6(8) is an administrative provision governing the creation of the jury roll, it does not meet this criterion. While s. 6(8) is one of the vehicles through which the state fulfils its constitutional obligations under s. 11 of the *Charter*, it is not itself a constitutional obligation. Moreover, s. 11 rights are held by everyone, not merely by Aboriginal peoples. Section 6(8) therefore does not engage

[99] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu à tort que l'honneur de la Couronne était engagé du simple fait que le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* oblige le gouvernement à traiter différemment les Autochtones qui vivent dans une réserve pour les besoins de la sélection des jurés. Certes, le par. 6(8) porte expressément sur ces Autochtones, mais il s'agit au fond d'une disposition administrative. La procédure régulière de confection des listes de jurés en application du par. 6(2) de la *Loi sur les jurys* s'exécute au moyen de listes où ne figurent pas les résidents des réserves. Le paragraphe 6(8) prévoit donc un mécanisme pour les inclure. Il ne crée pas une obligation particulière envers les peuples autochtones ni un besoin de consultation entre la Couronne et les groupes autochtones. Dans ces circonstances, l'honneur de la Couronne n'est pas engagé. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 72, l'honneur de la Couronne n'entre pas en jeu dans toutes les interactions entre la Couronne et les peuples autochtones :

> . . . il doit être explicite que le créancier de l'obligation est un groupe autochtone. L'honneur de la Couronne ne saurait être engagé par une obligation constitutionnelle ayant simplement une grande importance pour les peuples autochtones. Il ne saurait non plus être engagé par une obligation constitutionnelle de la Couronne à l'égard d'un groupe composé partiellement d'Autochtones. Les Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d'un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l'égard de l'ensemble des Canadiens. Cependant, l'obligation constitutionnelle qui vise explicitement un groupe autochtone s'appuie sur la « relation spéciale » de ce groupe avec la Couronne . . . [Référence omise.]

[100] Vu que le par. 6(8) est une disposition administrative régissant la création de la liste des jurés, il ne répond pas à ce critère. Bien que ce paragraphe soit l'un des moyens par lesquels l'État s'acquitte des obligations constitutionnelles que lui impose l'art. 11 de la *Charte*, il n'est pas une obligation constitutionnelle en soi. De plus, les droits garantis par l'art. 11 appartiennent à tous et pas seulement

the honour of the Crown, and the majority erred by using this doctrine to inform its analysis.

[101] By relying on the honour of the Crown and *Gladue* principles, the majority transformed the accused's s. 11 *Charter* rights into a vehicle for repairing the long-standing rupture between Aboriginal groups and Canada's justice system. In doing so, it raised the bar Ontario was obliged to meet to satisfy its representativeness obligation.

[102] This higher standard led the majority to conclude that Ontario was required to engage with First Nations on a government-to-government basis to address the low response rates. It therefore held that Ontario failed to live up to its obligation because it delegated its s. 6(8) duties in the District of Kenora to Ms. Loohuizen. This finding was incorrect. Given that the honour of the Crown was not applicable, there was nothing inappropriate about delegating these duties. In fact, the *Juries Act* explicitly contemplates a local "sheriff" carrying them out.

(c) *The Iacobucci Report*

[103] The majority's third error was its use of hindsight reasoning based on the Iacobucci Report. At the relevant time, it was widely believed that the low response rates were caused by difficulties obtaining accurate lists. This belief endured long after the 2008 jury roll was compiled: see, e.g., *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, at paras. 68-69. As Rouleau J.A. noted, the parties' arguments before the Court of Appeal indicated that they also viewed the lists as the principal cause of the low response rates.

[104] The Iacobucci Report was released while the Court of Appeal had this appeal under reserve.

aux Autochtones. Le paragraphe 6(8) n'engage donc pas l'honneur de la Couronne et les juges majoritaires ont commis une erreur en utilisant cette règle de droit pour guider leur analyse.

[101] En se fondant sur l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue*, les juges majoritaires ont transformé les droits reconnus à l'accusé par l'art. 11 de la *Charte* en un moyen de combler le fossé de longue date entre les groupes autochtones et le système de justice canadien. Ce faisant, ils ont haussé la norme à laquelle devait répondre l'Ontario pour s'acquitter de son obligation de représentativité.

[102] Cette norme plus élevée a amené les juges majoritaires à conclure que l'Ontario devait transiger avec les Premières Nations dans une relation de gouvernement à gouvernement pour s'attaquer au faible taux de réponse. Ils ont donc jugé que l'Ontario ne s'était pas acquitté de son obligation parce qu'il avait délégué à M^me^ Loohuizen les responsabilités qu'il devait assumer dans le district de Kenora aux termes du par. 6(8). Cette conclusion était erronée. Puisque l'honneur de la Couronne n'entrait pas en jeu, la délégation de ces responsabilités n'avait rien d'inapproprié. En fait, la *Loi sur les jurys* prévoit explicitement l'exercice de ces responsabilités par le « shérif » local.

c) *Le rapport Iacobucci*

[103] La troisième erreur que les juges majoritaires ont commise a été de faire un examen rétrospectif fondé sur le rapport Iacobucci. À l'époque en cause, on croyait généralement que le faible taux de réponse était imputable aux difficultés à obtenir des listes à jour. Cette croyance a perduré bien après l'établissement de la liste des jurés de 2008 : voir, p. ex., *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, par. 68-69. Comme l'a fait remarquer le juge Rouleau, il appert des arguments présentés par les parties devant la Cour d'appel qu'elles considéraient également les listes comme la principale cause du faible taux de réponse.

[104] Le rapport Iacobucci a été rendu public après que la Cour d'appel eut pris la présente affaire

Only after the report was released did it become apparent that the cause of the low response rates was highly complex:

> . . . an examination of that problem [the underrepresentation of individuals living on reserves on Ontario's jury rolls] leads inexorably to a set of broader and systemic issues that are at the heart of the current dysfunctional relationship between Ontario's justice system and Aboriginal peoples in this province. It is these broad problems that must be tackled if we are to make any significant progress in dealing with the underrepresentation of First Nations individuals on juries. [para. 15]

[105] The majority relied on these findings to inform its analysis. This was problematic for two reasons. First, in doing so, it did not analyze Ontario's actions in light of what was understood at the time. Second, even if the conclusions of the Iacobucci Report had been known at the time, Ontario's representativeness obligation would not have required it to address the systemic issues revealed by the report.

(2) Ontario's Efforts Were Reasonable

[106] Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, Ontario's efforts were reasonable. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. I will assess Ontario's efforts against these three markers.

(a) *The Lists*

[107] Two of the judges at the Court of Appeal — Goudge and Rouleau JJ.A. — concluded that Ontario's efforts to address the outdated lists were reasonable. I agree. Although the lists were imperfect, Ontario made reasonable efforts to use updated lists of on-reserve residents. Ms. Loohuizen's attempts to obtain updated lists were persistent and demonstrated a sincere effort to include on-reserve residents.

en délibéré. Ce n'est qu'après la publication du rapport qu'il est devenu évident que la cause du faible taux de réponse était très complexe :

> L'examen de ce problème [la sous-représentation en Ontario, sur les listes des jurés, des personnes qui vivent dans des réserves] soulève toutefois inévitablement une série de questions plus vastes, systémiques, qui sont au cœur même des présentes relations dysfonctionnelles entre le système judiciaire ontarien et les Autochtones de cette province. Ce sont ces questions de fond auxquelles nous devons trouver une réponse si nous voulons réellement améliorer la représentation des membres des Premières Nations au sein des jurys. [par. 15]

[105] Les juges majoritaires se sont fondés sur ces conclusions pour guider leur analyse. Cela posait problème pour deux raisons. Tout d'abord, ce faisant, ils n'ont pas analysé les mesures prises par l'Ontario à la lumière de ce que l'on savait à l'époque. Ensuite, même si les conclusions du rapport Iacobucci avaient été connues à l'époque, l'obligation de représentativité de l'Ontario n'aurait pas exigé de lui qu'il s'attaque aux problèmes systémiques dévoilés par le rapport.

(2) Les efforts de l'Ontario étaient raisonnables

[106] Appréciés en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les efforts de l'Ontario étaient raisonnables. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Je vais évaluer les efforts de l'Ontario par rapport à ces trois balises.

a) *Les listes*

[107] Deux des juges de la Cour d'appel — les juges Goudge et Rouleau — ont conclu que les efforts déployés par l'Ontario pour résoudre le problème des listes désuètes étaient raisonnables. Je partage leur opinion. Les listes étaient imparfaites, mais l'Ontario a fait des efforts raisonnables pour utiliser des listes à jour des résidents des réserves. Madame Loohuizen a tenté sans relâche d'obtenir des listes à jour et s'est sincèrement efforcée d'inclure ces résidents.

[108] In 2001, Ms. Loohuizen assumed responsibility for the entire cycle of jury selection and requested updated lists from the 42 reserves for which she had INAC lists from the year 2000. In addition to contacting the chiefs, she also contacted the director of Nishnawbe-Aski Legal Services and, on two occasions, attempted to enlist the help of the Deputy Grand Chief of the Nishnawbe Aski Nation. Thus, even at this early stage, she was exploring various avenues for obtaining lists. However, these efforts were unsuccessful and no new lists were obtained.

[109] Although she did not send another request for lists until 2006, this in itself is not objectionable. It must be remembered that the MPAC lists used for off-reserve residents are only updated every three years. Significantly, in the intervening period, Ms. Loohuizen's efforts to address the problem did not stop. In 2004, she conducted a brainstorming session with Stach J., Justice of the Peace Morrison (an Aboriginal Elder), and two of her superiors in the CSD. The session explored, among other things, ways to obtain better lists. After the meeting, Ms. Loohuizen reached out to Justice of the Peace Morrison to ask for his assistance in contacting the Treaty 3 and Treaty 9 communities in the District of Kenora, but received no response.

[110] When she attempted to obtain updated lists in 2006, Ms. Loohuizen contacted the reserves by fax. If she had difficulty reaching reserves in this manner, she attempted to contact the reserves by letter instead. She obtained four updated lists in response to these attempts. As well, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased 42 percent beyond their proportionate share in an attempt to offset the problems with the lists. These efforts show a meaningful attempt to obtain updated lists and to provide a fair opportunity for the participation of Aboriginal on-reserve residents.

[111] In 2007 (during preparations for the 2008 jury roll), the PJC calculated the Aboriginal on-reserve response rate for the first time since 1993.

[108] En 2001, M^me^ Loohuizen s'est occupée de tout le processus de sélection des jurés et a demandé des listes à jour aux 42 réserves pour lesquelles elle détenait des listes d'AINC remontant à l'année 2000. Elle a communiqué non seulement avec les chefs, mais aussi avec le directeur des Services juridiques de la Nation Nishnawbe Aski et, deux fois, elle a demandé l'aide du grand chef adjoint de cette nation. Par conséquent, même à ce stade précoce, elle examinait différents moyens d'obtenir les listes. Cependant, ces efforts se sont avérés vains et aucune nouvelle liste n'a été obtenue.

[109] Madame Loohuizen n'a pas envoyé d'autre demande de listes avant 2006, mais cela n'est pas en soi inacceptable. Il faut se rappeler que les listes de la SEFM utilisées pour les résidents hors réserve sont mises à jour seulement tous les trois ans. Fait important, M^me^ Loohuizen n'a pas cessé entre-temps de s'attaquer au problème. En 2004, elle a tenu une séance de remue-méninges avec le juge Stach, le juge de paix Morrison (un aîné autochtone) et deux de ses supérieurs à la DST. Durant la séance, ils ont étudié, entre autres, des moyens d'obtenir de meilleures listes. Après la réunion, M^me^ Loohuizen a demandé au juge de paix Morrison de l'aider à entrer en contact avec les collectivités visées par les traités n^os^ 3 et 9 dans le district de Kenora, mais elle n'a reçu aucune réponse de sa part.

[110] Lorsqu'elle a tenté d'obtenir des listes à jour en 2006, M^me^ Loohuizen a transmis aux réserves une lettre par télécopieur. Si elle avait de la difficulté à communiquer avec elles de cette manière, elle essayait alors de leur envoyer une lettre par courrier. Elle a obtenu quatre listes à jour en réponse à ces démarches. De plus, on a envoyé aux résidents des réserves 42 p. 100 plus de questionnaires que leur proportion de la population générale dans le but de compenser les failles des listes. Ces efforts témoignent d'une véritable volonté d'obtenir des listes à jour et de donner aux Autochtones résidant dans les réserves une possibilité honnête de participer.

[111] En 2007 (pendant l'établissement de la liste des jurés de 2008), le CPSJ a calculé, pour la première fois depuis 1993, le taux de réponse des

The 1993 response rate had been 33 percent; the new statistics showed that the response rate had fallen to 10.7 percent. When Ms. Loohuizen was informed of the results, she raised the problem with both Stach J. and her superiors in the CSD, and she increased her efforts to obtain updated lists. In addition to contacting the 43 reserves to which she had sent requests in the previous year, she visited 15 remote reserves to meet with band leadership to discuss the jury process, the province's desire to include more Aboriginal people on jury rolls, and the difficulties obtaining updated band lists. She received eight new band lists in response to these efforts. Despite follow-up letters and phone calls to the other seven reserves, no lists were obtained from those communities.

Autochtones vivant dans les réserves. En 1993, le taux de réponse était de 33 p. 100; les nouvelles données ont révélé que le taux de réponse avait chuté à 10,7 p. 100. Quand M[me] Loohuizen a été informée des résultats, elle a signalé le problème au juge Stach et à ses supérieurs à la DST, et a redoublé d'efforts pour obtenir des listes à jour. En plus de communiquer avec les 43 réserves auxquelles elle avait envoyé des demandes l'année précédente, elle a visité 15 réserves éloignées pour rencontrer les dirigeants des bandes et discuter du processus de sélection des jurés, du désir de la province d'inscrire davantage d'Autochtones sur les listes de jurés et des difficultés à obtenir des listes de bandes à jour. Elle a reçu huit nouvelles listes de bandes à la suite de ces efforts. Bien qu'elle ait envoyé des lettres de suivi aux sept autres réserves et qu'elle les ait appelées, elle n'a reçu aucune liste de leur part.

[112] Ms. Loohuizen also attempted to arrange meetings with the chiefs of four reserves that were close to the city of Kenora, and successfully met with two of them. In addition, she tried to arrange in-person meetings or phone calls with 10 other reserves to discuss the jury issue. These efforts did not result in any updated lists. Again, she followed up with these reserves by sending letters and making phone calls to attempt to secure updated lists. With respect to one reserve alone, she made five follow-up phone calls. This can hardly be described as a situation like *Nahdee*, in which the state simply accepted non-response from the reserves. Rather, Ms. Loohuizen's efforts were both diligent and persistent. Furthermore, to compensate for the problems with the outdated lists, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased by almost 50 percent.

[112] Madame Loohuizen a aussi essayé d'organiser des rencontres avec les chefs de quatre réserves situées à proximité de la ville de Kenora et deux d'entre eux ont accepté de la rencontrer. De plus, elle a tenté d'organiser des rencontres en personne ou des appels téléphoniques avec les représentants de 10 autres réserves pour discuter de la question des jurés. Madame Loohuizen n'a obtenu aucune liste à jour par suite de ces efforts. Encore une fois, elle a effectué un suivi auprès de ces réserves en leur envoyant des lettres et en les appelant dans le but de recueillir des listes à jour. Elle a fait cinq appels de suivi à l'égard d'une seule réserve. Cette situation ne peut guère être comparée à celle qui prévalait dans l'affaire *Nahdee*, où l'État a simplement accepté l'absence de réponse des réserves. Madame Loohuizen a plutôt essayé avec diligence et persistance d'obtenir des listes. Qui plus est, on a envoyé presque 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves pour compenser les failles des listes désuètes.

[113] Taken together, these efforts were a reasonable approach to the problems with the lists. Yet despite these steps, the respondent argues that the flaws with the lists rendered Ontario's efforts unsatisfactory. With respect, I do not accept this argument.

[113] Ensemble, ces efforts constituaient une façon raisonnable de traiter les failles des listes. Or, malgré les mesures prises, l'intimé prétend que les lacunes des listes rendaient insatisfaisants les efforts de l'Ontario. Avec égards, je ne peux me rendre à cet argument.

[114] First and most importantly, Ontario's constitutional obligation does not depend on obtaining perfect lists. The focus is on the efforts to provide an opportunity for participation. As the evidence shows, Ms. Loohuizen's efforts showed a real awareness of the problem. She did the best she could with the lists she received and made ongoing and escalating efforts over the years to obtain better source lists.

[115] In addition, the respondent overstates the significance of the confusion about the boundaries of the judicial district. Ms. Loohuizen had no lists for four reserves because she was unaware that they fell within the District of Kenora. This was evidently a problem. Ontario should have provided better training so that the reserves in the district could be properly identified. However, this oversight affected a relatively small proportion of the reserves. Meaningful efforts were made to include 42 of the 46 reserves. I cannot say that the absence of lists for four reserves was serious enough to create a breach of Ontario's representativeness obligations.

[116] Finally, I take issue with Cromwell J.'s suggestion that the province is constitutionally required to succeed — as opposed to make reasonable efforts — in obtaining accurate source lists. I do not accept his conclusion that compiling the source lists is "quintessentially a state function" and that reasonable efforts by the province therefore cannot save any deficiencies (para. 266). Respectfully, this suggestion rests on a misunderstanding of what the province can and cannot control.

[117] As the record indicates, although Ontario had a great deal of responsibility for the lists, it could only obtain lists of on-reserve residents from the reserves themselves. It had no independent access to this information. Regardless of Ontario's efforts, if the reserves refused to provide source lists for s. 6(8) purposes, the province had no other way of obtaining them. Laying any and all deficiencies at the province's feet paints an inaccurate picture.

[114] Premièrement — et c'est la raison la plus importante —, l'Ontario n'a pas à obtenir de listes parfaites pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle. Ce qui importe, ce sont les efforts déployés pour donner la possibilité de participer. Tel que le révèle la preuve, M^me^ Loohuizen a démontré par ses efforts qu'elle connaissait réellement le problème. Elle a fait de son mieux avec les listes reçues et a sans cesse redoublé d'efforts au fil des ans pour obtenir de meilleures listes brutes.

[115] En outre, l'intimé exagère l'importance de la confusion entourant les limites du district judiciaire. Madame Loohuizen ne disposait d'aucune liste pour quatre réserves parce qu'elle ignorait que celles-ci faisaient partie du district de Kenora. Cela posait manifestement problème. L'Ontario aurait dû offrir une meilleure formation pour que les réserves situées dans ce district puissent être correctement identifiées. Par contre, cette erreur a touché une proportion relativement faible des réserves. De véritables efforts ont été déployés pour inclure 42 des 46 réserves. Je ne peux affirmer que l'absence de listes pour quatre réserves était suffisamment grave pour constituer un manquement à l'obligation de représentativité de l'Ontario.

[116] Enfin, je suis en désaccord avec la suggestion de mon collègue le juge Cromwell que la Constitution oblige la province à réussir à obtenir des listes brutes exactes, plutôt qu'à simplement déployer des efforts raisonnables à cette fin. Je n'accepte pas sa conclusion que la compilation des listes brutes est « ressortie essentiellement à l'État » et que les efforts raisonnables déployés par la province ne peuvent donc pas sauvegarder une lacune (par. 266). Soit dit en tout respect, cette suggestion tient à une méprise sur ce que la province peut et ne peut maîtriser.

[117] Comme l'indique le dossier, l'Ontario assumait une grande responsabilité à l'égard des listes, mais il ne pouvait obtenir des listes de résidents des réserves que des réserves elles-mêmes. Il ne pouvait pas recueillir lui-même ces renseignements. Peu importe les efforts déployés par l'Ontario, cette province n'avait aucun autre moyen d'obtenir les listes brutes si les réserves refusaient de les lui fournir pour l'application du par. 6(8). Imputer toutes ces

As I have explained, the compilation of source lists is not something over which Ontario had complete control. For that reason, I am of the view that the appropriate test must focus on the state's efforts, not on whether it succeeded in obtaining updated lists.

[118] In sum, Ontario's efforts to obtain updated lists were reasonable. I am therefore satisfied that Ontario met its representativeness obligation in this regard. This accords with the findings of both Goudge and Rouleau JJ.A.

(b) *The Delivery*

[119] At the Court of Appeal, only Goudge J.A. treated delivery as a separate consideration from the lists. In my view, the evidence renders it virtually impossible to do so. The evidence about mail delivery on reserves indicates that the likelihood of notices reaching the intended recipients was directly linked to the accuracy of the lists. The outdated lists increased the likelihood that notices would be sent to individuals who were no longer residing on a reserve. In these cases, the postal clerks would not be able to deliver them and they would be returned as undeliverable by the post office. The comparatively high number of undeliverable questionnaires must therefore be seen as a symptom of the outdated lists. As I have concluded that the efforts to address the lists were reasonable, I need not address this point further.

[120] As with the lists, Cromwell J. concludes that delivery is "quintessentially a state responsibility" (para. 269). Even if that were so, delivery cannot be disassociated from the lists. Moreover, the post office is not within the province's control, and the province cannot force individuals to pick up their mail. Like the lists, delivery is not entirely within the province's control and a reasonable efforts test is all that is required.

lacunes à la province donne un portrait inexact de la réalité. Comme je l'ai expliqué, la compilation des listes brutes n'est pas entièrement sous l'emprise de l'Ontario. C'est pourquoi j'estime que le bon critère doit être axé sur les efforts de l'État et non sur la question de savoir s'il est parvenu à obtenir des listes à jour.

[118] En résumé, les efforts déployés par l'Ontario pour obtenir des listes à jour étaient raisonnables. Je suis donc convaincu qu'il a respecté son obligation de représentativité à cet égard. Cette conclusion concorde avec celles des juges Goudge et Rouleau.

b) *La distribution*

[119] En Cour d'appel, seul le juge Goudge a analysé la distribution séparément des listes. À mon avis, la preuve fait en sorte qu'il est pratiquement impossible de le faire. La preuve relative à la distribution du courrier dans les réserves indique plutôt que la probabilité que les destinataires reçoivent les avis est directement liée à l'exactitude des listes. La désuétude des listes faisait accroître le risque que les avis soient envoyés à des personnes qui n'habitaient plus dans une réserve. Dans ces cas-là, les commis des postes n'étaient pas en mesure de les distribuer et les avis en question étaient donc retournés à l'expéditeur par le bureau de poste avec la mention « non livrable ». Il faut considérer le nombre relativement élevé de questionnaires non livrables comme un symptôme des listes désuètes. Ayant conclu que les efforts déployés pour résoudre le problème des listes étaient raisonnables, je n'ai pas à m'attarder sur ce point.

[120] Tout comme dans le cas des listes, le juge Cromwell conclut que leur distribution « ressortit [. . .] essentiellement à l'État » (par. 269). Même s'il en était ainsi, la distribution ne peut être dissociée des listes. Qui plus est, le bureau de poste ne relève pas de la province; de plus, cette dernière ne peut obliger les particuliers à ramasser leur courrier. À l'instar des listes, leur distribution n'est pas entièrement du ressort de la province et le critère des efforts raisonnables est tout ce qui est requis.

[121] In this regard, I note that the province did not simply throw up its hands upon learning of the problems with delivery. Rather, it took an aggressive approach. After consulting with Stach J., it increased the number of notices sent to on-reserve residents by nearly 50 percent. In my view, this was a reasonable response to the delivery problems. To the extent the majority of the Court of Appeal concluded otherwise, as I have said, their factual findings were based on a legal test that imposed too high a standard on Ontario. Accordingly, those findings are not entitled to deference.

(c) *The Low Response Rates*

[122] Ontario's approach to addressing the low response rates was the factor that drew the most serious criticism from the majority at the Court of Appeal. However, to meet its constitutional mandate, Ontario was only required to address the ways in which the problems with the source lists and delivery contributed to the low response rates. As I have described, it made reasonable efforts to do so. It was not obliged to address the systemic factors that the Iacobucci Report indicates are at the heart of this problem.

[123] The respondent argues that Ontario should have investigated the cause of the low response rates earlier. According to the respondent, Ontario's failure to do so renders its efforts to address the low response rates inadequate. I do not accept this argument.

[124] The respondent submits that if the interim and final reports required under PDB #563 had been filed and if the PJC had analyzed the data it was collecting about the rate of response from on-reserve residents earlier, Ontario could have taken action sooner. While it is true that Ontario could have enforced the reporting requirements and run the data earlier, I fail to see how this would have been of assistance. Both of these measures would simply have confirmed what was already known — that on-reserve residents were responding in markedly lower numbers. Neither of these steps would

[121] À cet égard, je constate que la province n'a pas tout simplement lancé la serviette en découvrant les problèmes de distribution. Elle s'est plutôt attaquée à ces problèmes avec énergie. Après avoir consulté le juge Stach, elle a envoyé près de 50 p. 100 de plus d'avis aux résidents des réserves. Il s'agit là, selon moi, d'une réponse raisonnable aux problèmes de distribution. Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu le contraire, comme je l'ai dit, leurs conclusions de fait reposaient sur un critère juridique qui imposait une norme trop élevée à l'Ontario. Ces conclusions ne commandent donc aucune déférence.

c) *Le faible taux de réponse*

[122] La stratégie adoptée par l'Ontario pour contrer le faible taux de réponse était le facteur qui a suscité les critiques les plus sévères de la part des juges majoritaires de la Cour d'appel. Or, pour respecter son mandat constitutionnel, l'Ontario était uniquement tenu d'examiner les façons dont les failles des listes brutes et les problèmes de distribution ont contribué au faible taux de réponse. Comme je l'ai expliqué, il a déployé des efforts raisonnables à cette fin. Il n'était pas obligé d'examiner les facteurs systémiques qui, selon le rapport Iacobucci, sont au cœur de ce problème.

[123] L'intimé prétend que l'Ontario aurait dû étudier plus tôt la cause du faible taux de réponse. Toujours selon l'intimé, cette omission de l'Ontario rend inadéquats les efforts qu'il a faits pour contrer le faible taux de réponse. Je rejette cet argument.

[124] L'intimé soutient que, si les rapports provisoires et finaux exigés par la PDB n° 563 avaient été déposés et si le CPSJ avait analysé plus tôt les données qu'il recueillait à propos du taux de réponse des personnes résidant dans les réserves, l'Ontario aurait pu agir plus rapidement. Certes, l'Ontario aurait pu appliquer les exigences en matière de déclaration et traiter les données plus tôt, mais je ne vois pas en quoi cela aurait été utile. Ces deux mesures auraient simplement permis de confirmer ce que l'on savait déjà : les résidents des réserves répondaient en bien moins grand nombre.

have shed light on the causes of the low response rates. At the time, everyone believed the problem was attributable to the flawed lists. Efforts were being directed to rectifying that problem. Had Ontario known of the precise data about the low response rates, I fail to see how it would have changed the approach. Moreover, even if the province had known about the systemic problems sooner, its constitutional obligations would not have required it to address them.

(3) Conclusion on the Sufficiency of Ontario's Efforts

[125] Ontario made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury process. I therefore conclude that there was no violation of ss. 11(*d*) or 11(*f*) of the *Charter*.

[126] As we now know, the problem runs much deeper than flawed lists. The Iacobucci Report concludes, at para. 209, that "the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history". This is a serious policy concern that merits attention. But the accused's ss. 11(*d*) and 11(*f*) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to redress this concern. The accused's right to be tried by a jury of his peers is a right aimed at securing a fair adjudicative process. It cannot be used to dictate to the government how it should — let alone *must* — resolve important policy questions of this nature. For the purposes of ss. 11(*d*) and 11(*f*), the state's constitutional obligation stops when it has provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. It has done so.

[127] In coming to this conclusion, I wish to emphasize that nothing in these reasons should be

Aucune de ces mesures n'aurait permis d'en apprendre davantage sur les causes de ce faible taux de réponse. À l'époque, tout le monde croyait que le problème était attribuable aux listes lacunaires. Des efforts étaient faits pour corriger ce problème. J'ai du mal à voir comment l'Ontario aurait modifié sa stratégie s'il avait été au courant des données précises relatives au faible taux de réponse des résidents des réserves. De plus, même si la province avait eu connaissance plus tôt des problèmes systémiques, ses obligations constitutionnelles ne l'auraient pas contraint à s'y attaquer.

(3) Conclusion sur le caractère suffisant des efforts de l'Ontario

[125] L'Ontario a déployé des efforts raisonnables pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés. Je conclus donc qu'il n'y a pas eu violation des al. 11*d*) ou 11*f*) de la *Charte*.

[126] Comme nous le savons maintenant, le problème dépasse largement les listes lacunaires. Le rapport Iacobucci conclut en son par. 209 que « le principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l'influence négative que le système de justice pénale a eu[e] sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire ». Voilà une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu'on s'y attarde. Cependant, les droits garantis à l'accusé par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation. Le droit de l'accusé d'être jugé par un jury formé de ses pairs vise à garantir un processus décisionnel équitable. Il ne saurait être utilisé pour dicter au gouvernement comment il devrait — encore moins *doit* — résoudre des questions importantes de politique générale de cette nature. Pour l'application des al. 11*d*) et 11*f*), l'obligation constitutionnelle de l'État cesse lorsqu'il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. C'est ce qu'il a fait.

[127] En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne doit être

taken as suggesting that it would be appropriate for Ontario to stall its efforts to address the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system. As this Court has noted on many occasions, the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system is a pressing matter. If reconciliation is ever to be achieved, the state's efforts must not only continue; they must increase. But this Court is not a commission of inquiry, and its role is not to dictate to the government how to resolve this issue. The question facing us is whether the accused's ss. 11(*d*) and 11(*f*) *Charter* rights were violated. Viewed through that narrow lens, the state's efforts were sufficient.

considéré comme suggérant qu'il serait opportun pour l'Ontario d'interrompre ses efforts visant à résoudre le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury. Comme l'a souligné la Cour à maintes reprises, la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice est une question urgente. Pour qu'il y ait réconciliation un jour, l'État doit non seulement poursuivre ses efforts, mais redoubler d'efforts. Cependant, notre Cour n'est pas une commission d'enquête, et il ne lui appartient pas de dicter au gouvernement comment il doit résoudre ce problème. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir si les droits garantis à l'accusé par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* ont été violés. Vus sous cet angle étroit, les efforts de l'État étaient suffisants.

C. *Did Ontario Violate the Section 15 Rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal On-Reserve Residents Who Were Potential Jurors?*

[128] For the reasons given by the Court of Appeal, I would dismiss Mr. Kokopenace's s. 15 claims. With respect to his personal s. 15 claim, he has not clearly articulated a disadvantage. This is fatal to his claim. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, I would not accede to this request. As an accused person, Mr. Kokopenace may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors. If a challenge is to be raised on their behalf, there must be an opportunity for their views to be represented. Like the Court of Appeal, I would therefore decline to grant public interest standing and dismiss his claim on behalf of potential jurors.

C. *L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?*

[128] Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. S'agissant de la prétention personnelle que M. Kokopenace a avancée sur le fondement de l'art. 15, il n'a pas clairement formulé de désavantage, ce qui porte un coup fatal à sa prétention. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, je n'y accède pas. En tant qu'accusé, M. Kokopenace risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés. Si une contestation est présentée en leur nom, ils doivent se voir accorder la possibilité de se faire entendre. Tout comme la Cour d'appel, je refuse donc de lui accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et je rejette la réclamation qu'il a déposée au nom des candidats jurés.

D. *If Mr. Kokopenace's Charter Rights Were Violated, What Is the Appropriate Remedy?*

[129] As I have concluded, there were no *Charter* violations. Mr. Kokopenace received a fair trial by an impartial and representative jury. Accordingly, it is not necessary to address the question of remedy.

VII. Disposition

[130] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and reinstate Mr. Kokopenace's conviction.

The following are the reasons delivered by

[131] Karakatsanis J. — Aboriginal people are dramatically overrepresented in our justice system as offenders and victims, but participate at much lower rates than non-Aboriginal people as jurors. Canadian society is deprived and diminished by this reality, the causes of which are deeply rooted and complex. This appeal requires this Court to determine whether the low presence of Aboriginal on-reserve residents on the 2008 jury roll for the District of Kenora violated Mr. Kokopenace's fair trial rights, as protected by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[132] In answering this question, the Court must decide the scope of the *Charter* right to a trial by jury and whether s. 11 is the appropriate constitutional tool for addressing the damaged relationship between Aboriginal peoples and the justice system in Canada.

[133] I conclude that, despite the difficulties I will discuss with its compilation, the 2008 Kenora jury roll met the constitutional standards imposed by s. 11 of the *Charter*. In so deciding, I respectfully disagree with the approaches to representativeness adopted by each of my colleagues. Unlike

D. *S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la Charte, quelle est la réparation convenable?*

[129] Comme je l'ai conclu, il n'y a eu aucune violation de la *Charte*. Monsieur Kokopenace a bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial et représentatif. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la réparation.

VII. Dispositif

[130] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Kokopenace.

Version française des motifs rendus par

[131] La juge Karakatsanis — Les Autochtones sont considérablement surreprésentés dans notre système de justice en tant que contrevenants et victimes, mais ils y participent comme jurés à des taux beaucoup plus faibles que les non-Autochtones. Cette réalité, dont les causes sont profondément enracinées et complexes, affaiblit et appauvrit la société canadienne. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la faible présence de résidents autochtones d'une réserve sur la liste des jurés du district de Kenora pour 2008 a violé les droits de M. Kokopenace à un procès équitable, garantis par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[132] Pour répondre à cette question, la Cour doit statuer sur la portée du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* et décider si l'art. 11 est l'outil constitutionnel approprié pour réparer la relation mise à mal entre les Autochtones et le système de justice au Canada.

[133] Je conclus qu'en dépit des difficultés dont je traiterai plus loin en ce qui concerne sa confection, la liste des jurés de Kenora pour 2008 satisfaisait aux normes constitutionnelles qu'impose l'art. 11 de la *Charte*. En arrivant à cette décision, j'exprime respectueusement mon désaccord avec

Cromwell J., I cannot accept that representativeness requires a jury roll to substantially resemble a random selection of eligible jurors drawn from the community. I view representativeness as primarily concerned with the jury's function rather than the degree to which a jury roll reflects the particular make-up of the community. Understood in light of the jury's history and purpose, a jury represents society in the sense that it acts on its behalf.

[134] Nor can I agree with Moldaver J.'s view that representativeness only requires the state to make reasonable efforts to compile the jury roll through a fair process, without regard for the outcome of those efforts. A *Charter* breach is not defined by the state's efforts, but by the adequacy of the process actually used. Furthermore, unlike my colleague, I leave open the possibility that, even where an appropriate process is used, unintentional but substantial exclusion could undermine the legitimacy, independence and impartiality of a jury roll, thereby rendering it unrepresentative. Thus, I conclude that s. 11 requires the state to compile the jury roll through a random process that draws broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

I. Background

[135] In 2008, Clifford Kokopenace was tried before judge and jury in the Ontario Superior Court of Justice in Kenora, where he was acquitted of second degree murder but found guilty of the lesser included offence of manslaughter. His challenge to the representativeness of the jury roll was raised after conviction but before sentencing. It was argued for the first time on appeal.

[136] Before the Ontario Court of Appeal, Mr. Kokopenace argued that the jury that found him guilty was derived from a jury roll that inadequately

les approches adoptées par chacun de mes collègues quant à la représentativité. Contrairement au juge Cromwell, je ne puis accepter que la représentativité nécessite une liste de jurés qui ressemble sensiblement à une sélection au hasard de jurés admissibles issus de la collectivité. À mon sens, la représentativité s'attache principalement à la fonction du jury plutôt qu'à la mesure dans laquelle la liste des jurés reflète la composition particulière de la collectivité. Considéré à la lumière de son histoire et de sa raison d'être, le jury représente la société en ce sens qu'il agit en son nom.

[134] Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion du juge Moldaver que la représentativité oblige seulement l'État à déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés au moyen d'un processus équitable, sans égard au résultat de ces efforts. Une violation de la *Charte* se définit non pas par les efforts de l'État, mais par le caractère adéquat du processus utilisé. En outre, contrairement à mon collègue, je n'écarte pas la possibilité que, même en cas d'utilisation d'une procédure convenable, une exclusion involontaire mais importante sape la légitimité, l'indépendance et l'impartialité d'une liste de jurés, rendant celle-ci non représentative. Je conclus donc que, selon l'art. 11, l'État doit établir la liste des jurés au moyen d'un processus aléatoire qui puise largement dans la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

I. Contexte

[135] En 2008, Clifford Kokopenace a subi un procès devant juge et jury en Cour supérieure de justice de l'Ontario à Kenora, où il a été acquitté de meurtre au deuxième degré, mais reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a contesté la représentativité de la liste des jurés après la déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de la peine. Cette contestation a été plaidée pour la première fois en appel.

[136] En Cour d'appel de l'Ontario, M. Kokopenace a soutenu que le jury qui l'avait reconnu coupable avait été constitué à partir d'une

ensured representation of Aboriginal on-reserve residents. He argued that this violated his rights under ss. 11(*d*), 11(*f*), and 15 of the *Charter*. Fresh evidence was admitted on this issue, including *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (Iacobucci Report), released on February 26, 2013, while the Court of Appeal's decision was under reserve.

[137] The Court of Appeal issued three sets of reasons, and divided on both the findings of facts and the ultimate disposition of the appeal. LaForme and Goudge JJ.A., writing separate reasons for the majority, found that the accused's rights under s. 11(*d*) and (*f*) were breached. They reached this conclusion on the basis that the state did not make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll from which jurors were chosen. Rouleau J.A., dissenting, adopted the majority's test of representativeness but found that despite imperfections in compiling the jury roll, the state's efforts were reasonable in the circumstances. All three judges dismissed Mr. Kokopenace's s. 15 claims for want of evidence and lack of standing: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analysis

[138] This appeal highlights a stark reality in Ontario: the low participation rate of Aboriginal people in the province's jury rolls. The evidence in this case is that this problem is serious and worsening: in 2008, only 4.1 percent of those on the District of Kenora jury roll were Aboriginal people residing on reserves, though the on-reserve adult population comprises between 21.5 percent to 31.8 percent of the district's total adult population. This situation is tragic, both in its causes and its effects. The Iacobucci Report found that the negative impact of the criminal justice system on Aboriginal peoples' communities, cultures, laws and lives has left many

liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Il a prétendu que cette situation violait les droits que lui garantissaient les al. 11*d*) et 11*f*) et l'art. 15 de la *Charte*. De nouveaux éléments de preuve ont été admis sur cette question, y compris un rapport intitulé *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (rapport Iacobucci), publié le 26 février 2013, alors que la Cour d'appel n'avait pas encore rendu sa décision.

[137] La Cour d'appel a rendu trois opinions et était partagée quant aux conclusions de fait et à l'issue de l'appel. Auteurs des motifs distincts de la majorité, les juges LaForme et Goudge ont conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11*d*) et 11*f*) avaient été violés. Ils sont arrivés à cette conclusion parce que, selon eux, l'État n'avait pas déployé d'efforts raisonnables en vue de donner aux points de vue particuliers des résidents autochtones d'une réserve une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés à partir de laquelle les jurés ont été choisis. Le juge Rouleau, dissident, a souscrit au critère de représentativité retenu par les juges majoritaires, mais il a conclu que, malgré les imperfections dans la confection de la liste des jurés, les efforts de l'État étaient raisonnables au vu des circonstances. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15, faute de preuve et de qualité pour agir : 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analyse

[138] Le présent pourvoi met en lumière une dure réalité en Ontario : le faible taux de participation des Autochtones dans l'établissement des listes de jurés de la province. La preuve en l'espèce montre que ce problème est sérieux et qu'il va en s'aggravant : en 2008, seulement 4,1 p. 100 des personnes inscrites sur la liste des jurés du district de Kenora étaient des résidents autochtones d'une réserve, alors que les résidents adultes d'une réserve représentent de 21,5 p. 100 à 31,8 p. 100 de la population adulte totale du district. Cette situation est tragique, à la fois de par ses causes et ses effets. Le rapport Iacobucci conclut que les répercussions négatives

feeling alienated from this system, and the under-representation of Aboriginal peoples on jury rolls is only one manifestation of this much larger problem (para. 209). Unfortunately, lack of participation in the criminal justice system only deepens the divide.

[139] There is no doubt that the long-standing grievances underlying this disengagement should be addressed. The alienation of Aboriginal peoples from the justice system is a problem that runs deep in Canadian society, and is one that may very well have constitutional implications. However, I agree with the Court of Appeal, for the reasons given by my colleague Moldaver J., that this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal people under s. 15 of the *Charter* are implicated as a result of this alienation and under-representation.

[140] Moreover, in my view, the right of an accused to a fair trial by jury is not the appropriate mechanism to indirectly address the historic and current grievances of First Nations. A challenge to representativeness of a jury roll asks a much narrower question, viewed from the perspective of an accused's fair trial rights: whether a segment of society's low participation on the jury roll undermines a trial by an otherwise independent, impartial, competent jury.

[141] Sections 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* provide:

> **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;

du système de justice pénale sur les communautés, les cultures, les lois et les vies des Autochtones font en sorte qu'un grand nombre d'entre eux se sentent écartés de ce système, et que la sous-représentation des Autochtones sur les listes de jurés n'est qu'une manifestation parmi d'autres de ce problème beaucoup plus vaste (par. 209). Malheureusement, l'absence de participation dans le système de justice pénale ne fait qu'approfondir le clivage.

[139] La nécessité de répondre aux doléances de longue date qui sous-tendent ce désengagement ne fait aucun doute. L'aliénation des Autochtones à l'égard du système de justice est un problème profondément enraciné dans la société canadienne, et ce problème pourrait fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel, pour les motifs donnés par mon collègue le juge Moldaver, qu'il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux Autochtones sont en cause par suite de cette aliénation et de cette sous-représentation.

[140] Qui plus est, j'estime que le droit de l'accusé à un procès équitable avec jury n'est pas le bon moyen de répondre indirectement aux doléances historiques et actuelles des Premières Nations. La contestation de la représentativité d'une liste de jurés pose une question beaucoup plus étroite, considérée du point de vue des droits de l'accusé à un procès équitable : la faible participation d'un segment de la société dans l'établissement de la liste des jurés fait-elle obstacle à un procès devant un jury par ailleurs indépendant, impartial et compétent?

[141] Les alinéas 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* disposent :

> **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;

. . .

(*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[142] The issue in this case is whether the accused's right to a trial by jury was breached. In my view, this right does not entitle an accused to a jury or a jury roll that proportionately reflects all of the various perspectives and characteristics in society. Rather, it requires a jury that can act on behalf of society. In order for the jury to function as a representative of society in the criminal justice system, the jury roll must be compiled through a neutral process in which random selection is applied to source lists that draw broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. Such a process provides a platform for the selection of an impartial and independent jury. That requirement was met in this case. Moreover, there is no real dispute that Mr. Kokopenace received a verdict from a jury that was independent and impartial: C.A. reasons, at para. 226. I am satisfied that his fair trial rights protected by s. 11(*d*) were not breached. As I will explain, I am also satisfied that his right to trial by jury under s. 11(*f*) was not infringed.

A. *The Essential Features of Trial by Jury*

[143] While the *Charter* protects the right to trial by jury, it does not define what exactly this right entails. Thus, it is helpful to return to the historical roots of trial by jury, and to its functions and purposes.

[144] The jury system forms part of the bedrock of the Canadian legal system. It was introduced to Canada as part of the common law of England. The 18th century jurist William Blackstone extolled the virtues of the jury, writing that "the founders of the

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[142] En l'espèce, il s'agit de décider s'il y a eu atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury. À mon avis, ce droit ne garantit pas à l'accusé un jury ou une liste de jurés qui reflète proportionnellement tous les points de vue et toutes les caractéristiques que l'on trouve dans la société. Il exige plutôt un jury qui peut agir au nom de la société. Pour que le jury puisse fonctionner en tant que représentant de la société dans le système de justice pénale, la liste des jurés doit être dressée au moyen d'un processus neutre dans lequel une sélection aléatoire est appliquée à des listes brutes produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Un tel processus fournit les assises de la constitution d'un jury impartial et indépendant. Cette exigence a été remplie en l'espèce. Qui plus est, personne ne conteste vraiment que M. Kokopenace a reçu un verdict d'un jury indépendant et impartial : motifs de la C.A., par. 226. Je suis convaincue que ses droits à un procès équitable, garantis par l'al. 11*d*), n'ont pas été violés. Comme je l'expliquerai plus loin, je suis également convaincue qu'il n'y a pas eu atteinte au droit à un procès avec jury que lui garantit l'al. 11*f*).

A. *Les caractéristiques essentielles du procès avec jury*

[143] Bien que la *Charte* protège le droit à un procès avec jury, elle ne précise pas ce que ce droit suppose au juste. Il est donc utile de revoir les origines historiques du procès avec jury, ses fonctions et sa raison d'être.

[144] Le système de jury fait partie des fondements du système judiciaire canadien. Il a été introduit au Canada en tant qu'élément de la common law d'Angleterre. Le juriste William Blackstone, qui a vécu au dix-huitième siècle, a vanté les mérites du

English laws have with excellent forecraft contrived . . . that the truth of every accusation . . . should afterwards be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbours, indifferently chosen, and superior to all suspicion": *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 343.

[145] Blackstone's reference to "equals and neighbours" must be understood in a very limited sense. When Blackstone wrote in the 1760s, this referred to propertied men, or lords where a lord stood accused: *Commentaries on the Laws of England* (1768), Book III, at p. 349. When the jury system was brought to Canada as part of the English common law, the requirements of gender and property persisted: R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), at pp. 45 and 135.

[146] Restrictions on gender persisted until the 1970s, when the last Canadian provinces amended their legislation to permit women to serve as jurors. For much of Canadian history, Aboriginal people were systemically excluded from serving on juries due to the combined effects of racism, denial of the franchise to Aboriginal people, and exclusion of reserves from source lists: see, for example, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at pp. 378-79.

[147] These exclusions reflect prejudices that have no place in the administration of justice, and that would not be countenanced in the modern jury system. Indeed, they would today be seen as deliberate exclusions that violate an accused's rights under s. 11(*d*) and (*f*) of the *Charter*. As this difficult history illustrates, society has moved away from an identity-based conception of the jury. There are compelling reasons for so doing. Individuals can have multiple, intersecting identities or characteristics that are not susceptible to simple categorization. The very notion of identity itself is constantly in flux. Thus, selecting prospective jurors on the

jury, écrivant que [TRADUCTION] « les fondateurs du droit anglais se sont arrangés, de façon fort sagace [. . .], pour que la véracité de toute accusation [. . .] soit ultérieurement confirmée par le suffrage unanime de douze de ses égaux et voisins, choisis au hasard et au-dessus de tout soupçon » : *Commentaries on the Laws of England* (1769), Livre IV, p. 343.

[145] Les « égaux et voisins » dont parle Blackstone doivent recevoir un sens très restreint. Lorsque Blackstone a écrit les lignes précitées dans les années 1760, cette expression désignait les propriétaires fonciers de sexe masculin, ou les lords si un lord était inculpé : *Commentaries on the Laws of England* (1768), Livre III, p. 349. Lorsque le système de jury a été introduit au Canada comme élément de la common law d'Angleterre, il fallait encore que les jurés soient des propriétaires fonciers de sexe masculin : R. B. Brown, *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), p. 45 et 135.

[146] Les restrictions fondées sur le sexe ont subsisté jusque dans les années 1970, quand les dernières provinces canadiennes ont modifié leurs lois pour permettre aux femmes d'agir comme jurées. Au cours d'une bonne partie de l'histoire canadienne, les Autochtones étaient systématiquement exclus de la fonction de juré par les effets combinés du racisme, du déni du droit de vote aux Autochtones et de l'exclusion des réserves des listes brutes : voir, par exemple, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 378-379.

[147] Ces exclusions témoignent de préjugés qui n'ont pas leur place dans l'administration de la justice et qui ne seraient plus tolérés dans le système de jury moderne. De fait, elles seraient considérées aujourd'hui comme des exclusions délibérées qui violent les droits que les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* garantissent à l'accusé. Comme le montre cette histoire difficile, la société s'est éloignée de la conception du jury fondée sur l'identité. Il y a d'ailleurs des raisons impérieuses de le faire : les gens peuvent avoir de multiples identités ou caractéristiques interreliées qui ne se prêtent pas à une simple catégorisation. La notion même d'identité

basis of their identity or characteristics is not a feature of the modern jury. This is not to say that there is not value in Blackstone's vision of a jury composed of "equals and neighbours". It is rather that, properly understood, "equals and neighbours" must refer to society as a whole.

[148] Trial by jury is a trial by lay members of the community, whose job it is to find the facts and return a verdict. *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014) defines a "jury" as "[a] group of persons selected according to law and given the power to decide questions of fact and return a verdict" (p. 986). This definition focuses exclusively on its fact-finding function, rather than its representative qualities. What are the essential features of a jury that permit it to carry out this function of collective decision-making?

[149] A jury must be independent and impartial, as provided in s. 11(*d*) of the *Charter*: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. Above all else, these twin requirements are fundamental, explaining in part why trial by jury is part of an accused person's right to a fair trial. Of course, a jury must also be competent, and the process permits the judicial exclusion of those who are unable to carry out their responsibilities: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 632 and 644.

[150] This Court has identified other features of a jury, anchored in s. 11(*f*) of the *Charter*. A jury roll must be drawn by means of a neutral, broadly inclusive process favouring neither the prosecution nor the accused. This process supports the independence and impartiality of the jury that will ultimately be selected. As this Court held in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524:

The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as

change constamment. Par conséquent, de nos jours, la sélection des candidats jurés ne se fait pas sur le fondement de leur identité ou de leurs caractéristiques. Cela ne veut pas dire que la conception de Blackstone — pour qui le jury devait être composé d'« égaux et de voisins » — est sans valeur. C'est plutôt que, s'ils sont interprétés correctement, « les égaux et les voisins » renvoient à la société dans son ensemble.

[148] Le procès avec jury est un procès par des profanes issus de la collectivité, dont la tâche consiste à établir les faits et à rendre un verdict. Le *Black's Law Dictionary* (10e éd. 2014) définit le « jury » comme [TRADUCTION] « [u]n groupe de personnes sélectionnées conformément à la loi et investies du pouvoir de trancher des questions de fait et de rendre un verdict » (p. 986). Cette définition porte exclusivement sur sa fonction de juge des faits, plutôt que sur ses qualités de représentant. Quelles sont les caractéristiques essentielles du jury qui lui permettent d'exercer cette fonction de prise de décision collective?

[149] Le jury doit être indépendant et impartial, comme le prévoit l'al. 11*d*) de la *Charte* : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30. Par-dessus tout, cette double exigence est fondamentale et explique en partie pourquoi le procès avec jury fait partie du droit de l'accusé à un procès équitable. Bien entendu, le jury doit aussi être compétent et le processus permet au tribunal d'exclure les jurés qui ne sont pas en mesure d'exercer leurs responsabilités : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 632 et 644.

[150] Notre Cour a relevé d'autres caractéristiques du jury ancrées à l'al. 11*f*) de la *Charte*. La liste des jurés doit être dressée au moyen d'un processus neutre et largement inclusif qui ne favorise ni la poursuite ni l'accusé. Ce processus favorise l'indépendance et l'impartialité du jury qui finira par être constitué. Comme notre Cour l'a affirmé dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524 :

Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être endoctriné à cette

such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen.

[151] The vision of a representative cross-section of society has been the source of some confusion. As I will explain, representativeness is not about the inclusion or reflection of all groups and perspectives in society. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury thus serves as a representative of society. A jury is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community. Nor are jurors expected to represent particular perspectives in the course of their deliberations. Rather, the jury acts on behalf of society. The representative function is assured by the use of a selection process in which random sampling is applied to broad-based source lists, without deliberate or substantial exclusion.

[152] In adopting this functional understanding of representativeness, I depart from my colleague Cromwell J. In his view, a jury roll must mirror what a random sample from the community would look like — in effect, it must proportionately represent the community from which it is drawn. Nor can I agree with the Court of Appeal's view that representativeness requires the state to make reasonable efforts to include the distinctive perspectives of members of all First Nations reserve communities in the jury roll.

[153] In my view, adopting such an identity-based approach, focused on ensuring that certain perspectives are reflected on the jury roll, would mark a significant departure from both Canadian experience and jurisprudence. It is undisputed that the Canadian jury system has never required that the ultimate jury panel selected for a trial proportionately represent the perspectives and identities within a particular community. As McLachlin J. (as

fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement.

[151] La notion d'échantillon représentatif de la société a engendré une certaine confusion. Comme je l'expliquerai plus loin, la représentativité n'est pas une question d'inclusion ou de représentation de tous les groupes et points de vue que l'on trouve dans la société. Elle décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury sert donc de représentant de la société. Le jury ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité. On ne s'attend pas non plus à ce que les jurés représentent des points de vue particuliers au cours de leurs délibérations. Le jury agit plutôt au nom de la société. La fonction de représentant est assurée par le recours à un processus de sélection durant lequel l'échantillonnage aléatoire est appliqué à des listes brutes produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante.

[152] En faisant mienne cette conception fonctionnelle de la représentativité, je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. À son avis, une liste de jurés doit refléter ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité — dans les faits, elle doit représenter proportionnellement la collectivité dont elle est issue. Je ne partage pas non plus l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la représentativité oblige l'État à faire des efforts raisonnables pour inclure les points de vue particuliers des membres de toutes les collectivités des réserves de Premières Nations dans la liste des jurés.

[153] J'estime que, si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité qui vise à garantir que certains points de vue soient exprimés dans la liste des jurés, cela constituerait un écart important par rapport à l'expérience et à la jurisprudence canadiennes. Personne ne conteste que le système de jury canadien n'a jamais exigé que le tableau final des jurés constitué pour un procès représente proportionnellement les points de vue et les identités que l'on

she then was) wrote in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-57:

I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

[154] Accepting that exclusions based in prejudice have no place in the modern jury system does not require that the jury be chosen from a roll that proportionately reflects the different perspectives and characteristics in society. In my view, the same practical and principled concerns weighing against requiring a proportionately representative jury apply with equal force to the jury roll.

[155] First, society has long accepted that, in principle, governments may exclude many from eligibility for jury service, for example on the basis of their professions, education, criminal history or immigration status: see, for example, the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Requiring proportionality among jurors would completely undermine these long-standing restrictions.

[156] But the problems with this approach run much deeper than mere practicality. Exactly what characteristics would have to be "represented"? Race, gender, ethnicity, religion, language, education, socio-economic status, urban or rural residency? Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal illustrated

trouve dans une collectivité donnée. Comme l'a écrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-57 :

J'admets que le jury doive être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n'a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d'hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu'ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompétents?

Exiger que le jury soit représentatif, c'est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d'impartialité et de compétence. J'irais même jusqu'à dire que c'est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès.

[154] Admettre que les exclusions fondées sur des préjugés n'ont pas leur place dans le système de jury moderne ne revient pas à dire que le jury doit être constitué à partir d'une liste qui reflète proportionnellement les différents points de vue et caractéristiques que l'on trouve dans la société. À mon avis, les mêmes considérations pratiques et considérations de principe qui militent contre l'obligation d'avoir un jury proportionnellement représentatif s'appliquent tout autant à la liste des jurés.

[155] Premièrement, la société accepte depuis longtemps qu'en principe, les gouvernements puissent déclarer bon nombre de personnes inhabiles à remplir les fonctions de juré, par exemple en raison de leur profession, de leur instruction, de leurs antécédents judiciaires ou de leur statut d'immigrant : voir, par exemple, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Imposer la proportionnalité dans la sélection des jurés saperait complètement ces restrictions de longue date.

[156] Toutefois, cette approche pose des problèmes beaucoup plus fondamentaux qu'une simple question pratique. Quelles caractéristiques auraient à être « représentées » au juste? La race? Le sexe? L'origine ethnique? La religion? La langue? L'instruction? La situation socioéconomique? Le fait de

the conceptual problems with viewing representativeness as a positive right, rather than a prohibition on improper exclusions, in *Church of Scientology*, at p. 121:

> To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. . . . [T]he right to a representative panel or roll is an inherently qualified one. There cannot be an absolute right to a representative panel or roll.

McLachlin J. discussed the same problems with requiring a representative jury in *Biddle*, and I agree with her conclusion that there is "no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement" (para. 58).

[157] The respondent points to the important role of the jury as conscience of the community, arguing that this role demands a more robust right to representativeness. It is true that by forging a connection between the broader community and the administration of justice, and by entrusting such a crucial decision-making role to lay community members, the jury serves as a bridge between the public and the justice system, and promotes confidence in both the outcome of individual cases and the functioning of the system more broadly: *Davey*, at para. 30. The jury's role in educating the public, reinforcing the legitimacy of the justice system and acting as conscience of the community are clearly positive outcomes of our system of trial by jury: see *Sherratt*, at pp. 523-24.

résider dans un milieu urbain ou rural? Dans *Church of Scientology*, p. 121, le juge Rosenberg, de la Cour d'appel de l'Ontario, a illustré les problèmes conceptuels qui se posent lorsque la représentativité est vue comme un droit positif plutôt qu'une interdiction contre les exclusions irrégulières :

> [TRADUCTION] Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau de jurés entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques considérées nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus envahissant, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés de l'information concernant leur race, leur religion, leur pays d'origine et d'autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [. . .] [L]e droit à une liste ou à un tableau représentatif de jurés est un droit essentiellement restreint. Il ne saurait y avoir de droit absolu à une liste ou à un tableau représentatif de jurés.

La juge McLachlin a traité dans *Biddle* des mêmes problèmes que présente le fait d'exiger la constitution d'un jury représentatif et, tout comme elle, je « ne vois pas l'utilité de s'engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l'impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d'atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d'exigence absolue » (par. 58).

[157] L'intimé souligne le rôle important du jury en tant que conscience de la collectivité, plaidant que ce rôle exige un droit plus solide à la représentativité. Il est vrai qu'en établissant un lien entre la collectivité dans son ensemble et l'administration de la justice, et en raison du rôle décisionnel aussi important qui a été confié à des profanes de la collectivité, le jury sert de pont entre le public et le système de justice, et renforce la confiance à l'égard de l'issue d'une affaire en particulier et du fonctionnement du système de façon plus générale : *Davey*, par. 30. Les rôles que joue le jury, soit instruire le public, renforcer la légitimité du système de justice et agir comme conscience de la collectivité, sont manifestement des fonctions positives de notre système de procès avec jury : voir *Sherratt*, p. 523-524.

[158] However, it is important not to confuse these important roles or impacts of a jury system with the essential characteristics that permit it to serve these functions. These characteristics flow from the qualities that are constitutionally protected: independence, impartiality, and competence. They are assured by random selection from a broad-based jury roll — drawn from the broader community — without any deliberate exclusion of otherwise qualified jurors, and, at a later stage, by the ability to challenge for cause. In this sense, the jury is representative of society.

[159] Thus, although representativeness, understood very generally as representing society, is an essential feature of a jury, it must be understood by reference to the purpose for which it is protected. Instead of guaranteeing particular communities or perspectives a role in the process, jury representativeness ensures the institution's independence, impartiality and legitimacy by random selection from the broader community. The right to trial by jury does not guarantee that a particular group will be represented, only that the jury roll must be compiled through random selection from broad-based lists, without deliberately or substantially excluding a segment of the population. This accords with this Court's general statement in *Sherratt* that representativeness is guaranteed by random selection from broadly inclusive source lists (p. 525).

[160] My colleague Moldaver J. says that it is sufficient if the state makes reasonable efforts to use a fair and broadly inclusive process. In my view, however, the process used is either constitutionally acceptable or it is not. The state's reasonable efforts in meeting its *Charter* obligations would no doubt be relevant at the remedy stage. However, it is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

[158] Toutefois, il importe de ne pas confondre ces importants rôles ou effets du système de jury et les caractéristiques essentielles qui lui permettent d'exercer ces fonctions. Ces caractéristiques découlent des qualités qui jouissent d'une protection constitutionnelle : l'indépendance, l'impartialité et la compétence. Elles sont assurées par la sélection au hasard à partir d'une liste de jurés résultant d'un large échantillonnage de la collectivité dans son ensemble, sans exclusion délibérée de jurés par ailleurs qualifiés et, à une étape ultérieure, par la possibilité de les récuser pour un motif valable. En ce sens, le jury est représentatif de la société.

[159] Ainsi, bien que la représentativité — dans le sens très général de représentation de la société — soit une caractéristique essentielle du jury, elle doit être interprétée en fonction de la raison pour laquelle elle est protégée. Plutôt que de garantir à des collectivités ou à des points de vue particuliers un rôle dans le processus, la représentativité du jury assure l'indépendance, l'impartialité et la légitimité de l'institution par la sélection aléatoire à partir de la collectivité dans son ensemble. Le droit à un procès avec jury ne garantit pas qu'un groupe en particulier sera représenté; il garantit seulement que la liste des jurés doit être dressée par la sélection au hasard à partir de listes résultant d'un large échantillonnage, sans exclure délibérément ou de façon importante une couche de la population. Cette conception de la représentativité concorde avec l'affirmation générale de notre Cour dans *Sherratt* selon laquelle la représentativité est garantie par la sélection au hasard à partir de listes brutes largement inclusives (p. 525).

[160] Selon mon collègue le juge Moldaver, il suffit que l'État fasse des efforts raisonnables pour employer un processus équitable et largement inclusif. J'estime toutefois que le processus employé est constitutionnellement acceptable ou ne l'est pas. Les efforts raisonnables déployés par l'État pour respecter les obligations que lui impose la *Charte* seraient sans doute pertinents à l'étape de détermination de la réparation. Toutefois, c'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

[161] Unlike Moldaver J., whose test focuses on the state's reasonable efforts, I leave open the possibility that the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* will be violated.

[162] This additional aspect of the representativeness test permits a claimant to establish a *Charter* breach in circumstances where, despite an adequate process and the absence of deliberate exclusion, the resulting jury roll is nonetheless fundamentally flawed. This recognizes that although representativeness is primarily achieved through the process by which the jury roll is compiled, the effect of that process on the jury's ability to serve its functions cannot be ignored. Thus, this additional enquiry reflects the importance of representativeness and, in fact, broadens the state's constitutional obligation. However, as I will explain, such substantial exclusion does not arise in this case, and in my view the precise location of the threshold is best left for a future case.

[163] In summary, Canadian law has never defined juries as representative of all the particular characteristics or perspectives in society. The right to a jury in s. 11(*f*) of the *Charter* has never entitled an accused to a jury or jury roll of a particular composition. There are practical and principled reasons why it would be problematic to define any characteristics that ought to be reflected in a jury roll. Indeed, many perspectives are not represented, as individuals are in fact excluded from the jury roll by eligibility criteria and from the jury by being excused where participation would impose hardship. Judges regularly excuse potential jurors who

[161] Contrairement au juge Moldaver, dont le critère est axé sur les efforts raisonnables de l'État, je n'exclus pas la possibilité que l'État puisse, dans des situations exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

[162] Cet aspect supplémentaire du critère de représentativité permet à un demandeur d'établir une violation de la *Charte* dans un cas où, malgré un processus adéquat et l'absence d'exclusion délibérée, la liste des jurés qui en résulte est néanmoins entachée d'un vice fondamental. On reconnaît ainsi que, même si la représentativité dépend principalement du processus par lequel la liste des jurés est constituée, on ne saurait faire abstraction de l'effet qu'a ce processus sur la capacité du jury d'exercer ses fonctions. Cette analyse supplémentaire traduit donc l'importance de la représentativité et élargit en fait l'obligation constitutionnelle de l'État. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a pas eu une exclusion aussi importante en l'espèce et j'estime qu'il vaut mieux attendre une autre occasion de fixer l'endroit précis où se situe le seuil.

[163] En résumé, le droit canadien n'a jamais indiqué que les jurys étaient représentatifs de toutes les caractéristiques ou de tous les points de vue particuliers que l'on trouve dans la société. Le droit à un jury garanti par l'al. 11*f*) de la *Charte* n'a jamais donné à l'accusé le droit à un jury ou à une liste de jurés d'une composition particulière. Pour des raisons d'ordre pratique et de principe, il serait problématique de définir les caractéristiques que l'on devrait retrouver dans une liste de jurés. En effet, de nombreux points de vue ne sont pas représentés, car des personnes sont en fait exclues de la liste des jurés par les critères d'admissibilité et exclues du jury

are self-employed or who would not be paid during their absence from employment, are students, or have child-care or other family responsibilities. I conclude that a representative jury guaranteed under s. 11(*d*) and (*f*) of the *Charter* is not defined by whether the jury roll reflects the perspectives and identities that make up a community. I see the representativeness of a jury as primarily functional, not descriptive. It acts on behalf of, and thus represents, society.

lorsque des candidats jurés sont exemptés parce que leur participation leur imposerait une contrainte. Il arrive couramment aux juges d'exempter des candidats jurés qui travaillent à leur compte ou qui ne seraient pas rémunérés pendant leur absence du travail, qui sont aux études, qui doivent s'occuper d'enfants ou qui ont d'autres responsabilités familiales. Je conclus qu'un jury représentatif garanti par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* n'est pas défini en fonction du fait que la liste des jurés reflète les points de vue et les identités qui composent une collectivité. À mon sens, la représentativité d'un jury est principalement fonctionnelle, et non descriptive. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente.

B. *What Does Representativeness Require?*

(1) Source Lists

B. *Que faut-il pour qu'il y ait représentativité?*

(1) Les listes brutes

[164] A representative jury roll is one that is created through a fair and random process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately or substantially exclude a subset of the community. Such lists lay the foundation for each step that follows in the jury process. Ensuring that these lists are drawn broadly from the community is thus critical.

[164] La liste des jurés est représentative si elle est dressée au moyen d'un processus équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. De telles listes servent de fondement à toutes les étapes subséquentes du processus de sélection des jurés. Il est donc essentiel de faire en sorte que ces listes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité.

[165] However, perfection is not required, for many reasons. First, provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. Provinces in Canada have chosen different mechanisms to access the broader community. Some use health records; others use electoral and assessment rolls, municipal directories, motor vehicle registration records, or a combination of multiple sources: Iacobucci Report, at paras. 150-74. Indeed, the use of these alternatives means that in many provinces it is impossible to determine the extent to which Aboriginal people are included in source lists. In Ontario, the statistics relating to the participation of Aboriginal people residing on reserves are only known because the *Juries Act* provides a separate process for individuals living on reserves. Those

[165] Toutefois, la perfection n'est pas nécessaire, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. Les provinces canadiennes ont choisi différents mécanismes pour dresser les listes de membres de la collectivité dans son ensemble. Certaines se servent de dossiers de santé, alors que d'autres utilisent les listes électorales et les rôles d'évaluation, les annuaires municipaux, les dossiers d'immatriculation automobile ou une combinaison de plusieurs sources : rapport Iacobucci, par. 150-174. En effet, l'utilisation de ces autres moyens signifie que dans bien des provinces, il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle les Autochtones figurent sur les listes brutes. En Ontario, on ne connaît les

living outside of reserves are captured by municipal assessment lists, which do not include information about an individual's Aboriginal status.

[166] Second, unintentional exclusion of some segments of the community does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 violation. Because there are no perfect source lists, it follows that the state must be accorded flexibility in choosing a source list, recognizing that no list will be perfectly comprehensive, and that each has its own advantages and drawbacks. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group. Such leeway is restricted only by the requirement that exclusion not rise to such a substantial level that the jury could not fulfill its representative function.

[167] While unintentional exclusion is likely to occur as a result of the practical realities of jury roll compilation, the same cannot be said of intentionally and improperly shutting out certain groups from participating. A jury roll tainted by such deliberate exclusion could hardly be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

statistiques relatives à la participation des Autochtones vivant dans des réserves que parce que la *Loi sur les jurys* prévoit un processus distinct pour les résidents des réserves. Ceux qui n'habitent pas les réserves sont répertoriés dans les listes d'évaluation municipale, lesquelles ne comprennent pas d'information sur le statut d'autochtone de chacun.

[166] Deuxièmement, l'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, il s'ensuit que l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute étant donné qu'aucune liste ne sera complète en tous points, et que chacune comporte ses propres avantages et inconvénients. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier. Cette latitude n'est limitée que par l'obligation de veiller à ce que l'exclusion n'ait pas une ampleur telle que le jury ne puisse pas remplir sa fonction de représentation.

[167] Bien que l'exclusion involontaire soit susceptible de se produire en raison des réalités pratiques de la confection des listes de jurés, on ne peut pas en dire autant du fait d'empêcher intentionnellement et irrégulièrement certains groupes de participer. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut guère être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

(2) Delivery of Jury Notices

[168] The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll. This does not mean that the state must devise a perfect model for the delivery of jury notices. The state will generally be able to establish that it used an adequate process where it uses the same system by which the individuals or communities in question would normally receive their mail.

(3) Representativeness Does Not Require Addressing Low Response Rates

[169] The accused's s. 11(*d*) and (*f*) rights require a neutral process for identifying and contacting prospective jurors. Those who receive a jury questionnaire are required by law to respond. If they choose not to, the accused's fair trial rights do not impose a constitutional obligation on the state to assist or encourage individuals to participate, provided that the jury roll meets the standard of being drawn broadly from the community.

[170] Cromwell J. requires that the state must encourage and facilitate the participation of prospective jurors who choose not to participate in the jury system. He reaches this conclusion largely on the basis of the state's responsibility for the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system, and writes that "[h]aving played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them" in order to fulfill its representativeness obligations (para. 281). The Court of Appeal also concluded that the state must encourage responses to jury notices.

[171] There can be no doubt that addressing the disengagement of Aboriginal peoples from the jury system is an important step in addressing the larger web of problems — described at paras. 4 and 14

(2) L'envoi des avis de sélection de juré

[168] L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. Cela ne veut pas dire que l'État doive concevoir un modèle parfait pour l'envoi des avis de sélection de juré. Généralement, l'État sera en mesure d'établir qu'il a employé un processus adéquat lorsqu'il utilise le même système par lequel les personnes ou les collectivités en question reçoivent normalement leur courrier.

(3) La représentativité n'oblige pas à remédier aux faibles taux de réponse

[169] Les droits que les al. 11*d*) et 11*f*) garantissent à l'accusé exigent l'utilisation d'un processus neutre pour identifier les candidats jurés et communiquer avec eux. Ceux qui reçoivent un questionnaire sont tenus par la loi d'y répondre. S'ils choisissent de ne pas le faire, les droits de l'accusé à un procès équitable n'imposent pas à l'État une obligation constitutionnelle d'aider ou d'inciter les gens à participer, pourvu que la liste des jurés respecte la norme voulant qu'elle résulte d'un large échantillonnage de la collectivité.

[170] Le juge Cromwell estime que l'État doit promouvoir et faciliter la participation de candidats jurés qui choisissent de ne pas participer au système de jury. Il tire cette conclusion en s'appuyant en grande partie sur la responsabilité de l'État en ce qui a trait à la marginalisation des Autochtones dans le système de justice, et affirme que « [v]u son rôle important dans la création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier » afin de s'acquitter de ses obligations en matière de représentativité (par. 281). La Cour d'appel a conclu elle aussi que l'État devait inciter les gens qui reçoivent des avis de sélection de juré à y répondre.

[171] Il ne fait aucun doute que s'attaquer au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury est une étape importante de la résolution du vaste ensemble de problèmes — qualifiés de crise

of the Iacobucci Report as a crisis — plaguing the justice system as it is applied to Aboriginal peoples. Nor can there be any doubt that this disengagement is a complex problem with deep roots and no easy answers. It is essential that the correct constitutional tool be brought to bear in addressing this problem. In this case, this Court is asked to decide whether an accused person's fair trial rights are tools suited to this task, and if so, how they should be deployed to remedy Aboriginal peoples' disengagement from the jury system.

[172] In my view, an accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Troubling though such unwillingness may be, it does not mean the accused is deprived of his right to a trial by an impartial and independent jury, acting on behalf of society. In my view, finding otherwise would be inconsistent with the limited scope of representativeness in Canadian law. It is beyond the scope of an accused's fair trial rights as protected by s. 11(*d*) and (*f*) of the *Charter* to require the state to address issues that may cause segments of the population to disengage from the justice system. Thus, an accused's right to a trial by jury is not breached, and the verdict is not compromised, because the state does not actively facilitate the participation of those who will not or cannot participate. While it may be that such disengagement has implications for other constitutional rights, that question cannot be decided on the record in this case.

(4) Conclusion on Representativeness

[173] To conclude, jury representativeness has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. A jury acts on behalf of and represents society. What is required is a neutral process for compiling the jury roll, in which prospective jurors are randomly selected from lists drawn broadly from the community as it is defined in the relevant legislation. Intentional exclusion of certain segments of

aux par. 4 et 14 du rapport Iacobucci — qui pèsent sur l'application du système de justice aux Autochtones. Il ne fait non plus aucun doute que ce désengagement est un problème complexe aux racines profondes et pour lequel il n'existe pas de solution simple. Il est essentiel que le bon outil constitutionnel soit utilisé pour remédier à ce problème. En l'espèce, la Cour est appelée à décider si les droits de l'accusé à un procès équitable sont des outils qui conviennent à cette tâche et, dans l'affirmative, à se prononcer sur l'utilisation qui doit en être faite pour remédier au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury.

[172] À mon avis, les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. Aussi troublant ce refus soit-il, il ne prive pas l'accusé de son droit à un procès devant un jury impartial et indépendant agissant au nom de la société. À mon avis, la conclusion contraire serait incompatible avec la portée limitée de la représentativité en droit canadien. Les droits à un procès équitable que les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* garantissent à l'accusé n'obligent nullement l'État à s'attaquer aux problèmes qui peuvent amener des couches de la population à se désengager du système de justice. Par conséquent, il n'y a pas atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury et le verdict n'est pas compromis parce que l'État ne facilite pas activement la participation de ceux qui ne participent pas ou qui ne peuvent pas le faire. Bien que ce désengagement puisse avoir des répercussions sur d'autres droits constitutionnels, le dossier en l'espèce ne permet pas de trancher cette question.

(4) Conclusion sur la représentativité

[173] Pour conclure, la représentativité du jury a un sens limité en droit canadien. La représentativité ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Le jury agit au nom de la société et la représente. Il faut un processus neutre pour dresser la liste des jurés, un processus par lequel les candidats jurés sont sélectionnés au hasard à l'aide de listes établies à partir d'un large éventail de membres de la collectivité au

the population from the jury roll would render it unconstitutional. Substantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society. However, as I shall explain, this does not arise in this case.

III. Application to the Facts

[174] Moldaver J.'s reasons at paras. 8-28 outline how the jury roll was compiled in Ontario and in the District of Kenora.

A. *The Findings of the Court of Appeal*

[175] The Court of Appeal examined three alleged deficiencies in the compilation of the 2008 jury roll for the District of Kenora. These deficiencies related to the adequacy of the source lists used to compile the jury roll, the adequacy of delivery methods by which prospective jurors were notified of their selection, and the low response rate of prospective jurors who received their jury notice.

(1) Adequacy of Source Lists

[176] Before the Court of Appeal, significant evidence was adduced regarding the poor and diminishing quality of the source lists by which Aboriginal people residing on reserves were included in the jury roll in the District of Kenora. In 2001, Indian and Northern Affairs Canada (INAC, now Aboriginal Affairs and Northern Development Canada) stopped providing Ontario with band lists for the purposes of s. 6(8) of the *Juries Act*, citing privacy concerns. After 2000, Court Services Division (CSD) staff of the Ministry of the Attorney General in the District of Kenora sought to obtain updated lists by contacting the First Nations for which they had received lists from INAC, as well as senior officials at the Nishnawbe Aski Nation. As part of these efforts, CSD staff also travelled to 15 fly-in reserves in 2007 to discuss jury participation with First Nations leadership. The same year, local CSD staff also learned

sens qui est donné à ce mot dans la législation pertinente. L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une exclusion importante, bien qu'involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière. Toutefois, comme je l'expliquerai ci-dessous, ce n'est pas le cas en l'espèce.

III. Application aux faits

[174] Aux paragraphes 8 à 28, le juge Moldaver décrit la manière dont la liste des jurés a été dressée en Ontario et dans le district de Kenora.

A. *Les conclusions de la Cour d'appel*

[175] La Cour d'appel a examiné trois lacunes alléguées dans la confection de la liste des jurés de 2008 pour le district de Kenora. Ces lacunes avaient trait au caractère suffisant des listes brutes employées pour dresser la liste des jurés, au caractère suffisant des méthodes d'envoi par lesquelles les candidats jurés avaient été avisés de leur sélection et au faible taux de réponse des candidats jurés qui avaient reçu leur avis de sélection de juré.

(1) Caractère suffisant des listes brutes

[176] En Cour d'appel, on a présenté une preuve abondante concernant la piètre et déclinante qualité des listes brutes au moyen desquelles les Autochtones qui habitent une réserve étaient inscrits sur la liste des jurés dans le district de Kenora. En 2001, Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, maintenant appelé Affaires autochtones et Développement du Nord Canada) a cessé de fournir à l'Ontario les listes de bandes pour l'application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys*, invoquant le souci du respect de la vie privée. Après 2000, les employés de la Division des services aux tribunaux (DST) du ministère du Procureur général dans le district de Kenora ont tenté d'obtenir des listes à jour en communiquant avec les Premières Nations pour lesquelles ils avaient reçu des listes d'AINC, et avec les hauts responsables de la Nation Nishnawbe Aski. Dans le cadre de ces démarches, les employés de la DST se

that they had accidentally excluded three First Nations from the jury roll, including the 2008 roll. As a result of these efforts, when questionnaires for the 2008 jury roll were to be mailed out, the Kenora CSD office had band lists from 2007 for eight First Nations; band lists from 2006 for two First Nations; INAC lists from 2000 for 32 First Nations; and no list for any of the three missing First Nations, or for an additional First Nation for which CSD staff appear never to have had a band list.

sont également rendus en 2007 dans 15 réserves accessibles par avion pour discuter de la participation à la sélection des jurés avec les dirigeants des Premières Nations. La même année, les employés locaux de la DST ont également appris qu'ils avaient accidentellement exclu trois Premières Nations de la liste des jurés, y compris la liste de 2008. À la suite de ces démarches, lorsque les questionnaires pour l'établissement de la liste des jurés de 2008 devaient être envoyés par la poste, le bureau de la DST de Kenora possédait les listes de bandes de 2007 visant huit Premières Nations, les listes de bandes de 2006 visant deux Premières Nations, les listes d'AINC de 2000 visant 32 Premières Nations, mais aucune liste visant l'une des trois Premières Nations manquantes ou visant une autre Première Nation pour laquelle les employés de la DST n'avaient apparemment jamais possédé de liste de bande.

[177] LaForme J.A. found that the jury that convicted Mr. Kokopenace was drawn from lists so out of date that they failed to adequately represent Aboriginal people living on reserves on the jury roll. In his view, these deficiencies were compounded by Ontario's failure to update its policies in response to this Court's decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, which had the effect of expanding band electoral lists to include First Nation members residing both on and off reserves. He found that the failure to respond to these changes rendered band lists far less useful for the purpose of including Aboriginal people residing on reserves on the jury roll. He further found that the state both knew of this problem and did little to rectify it.

[177] Le juge LaForme a conclu que le jury qui avait déclaré M. Kokopenace coupable avait été constitué à partir de listes tellement périmées qu'elles ne représentaient pas adéquatement sur la liste des jurés les Autochtones qui habitaient des réserves. À son avis, ces lacunes ont été aggravées par l'omission de l'Ontario de mettre à jour ses politiques pour donner suite à l'arrêt de notre Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, qui a eu pour effet d'élargir les listes électorales des bandes pour y ajouter les membres de Premières Nations qui habitent une réserve et les membres hors réserve. Il a conclu que l'omission de donner suite à ces changements rendait les listes de bandes beaucoup moins utiles pour l'inscription des Autochtones qui habitent une réserve sur la liste des jurés. Il a en outre conclu que l'État était au courant de ce problème et qu'il avait fait peu de choses pour le corriger.

[178] The majority on this issue (Goudge and Rouleau JJ.A.) disagreed, finding that the effect of the lists on representation of Aboriginal on-reserve residents was modest. While Goudge J.A. agreed that the lists were dated and incomplete, he found that they nonetheless had significant utility for representativeness purposes because they still permitted

[178] Les juges majoritaires sur ce point (les juges Goudge et Rouleau) n'étaient pas d'accord, concluant que les listes avaient eu un effet minime sur la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Le juge Goudge a reconnu que les listes étaient désuètes et incomplètes, mais il a conclu qu'elles étaient néanmoins d'une utilité considérable

the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included in the jury roll. He further found that the efforts by CSD staff to obtain better lists were adequate in light of the modest impact that the flawed lists had on representativeness. Rouleau J.A. agreed that the impact of the inadequacies in the band lists was "quite modest", and noted that the Iacobucci Report shows that obtaining complete and accurate lists will have only a limited impact on the problem of low levels of Aboriginal participation in the jury system (para. 290).

[179] I agree with the majority's findings on this issue. Ontario compensated for the inadequacies in its lists with efforts to correct them. Although these efforts had limited success, CSD staff, acting with the advice of an experienced judge in the district, also sent out a much higher proportion of jury questionnaires using the band lists they possessed, in order to compensate for what they appreciated was a low response rate. While it is true that some on-reserve residents were unintentionally excluded from jury service because of the inadequacy of the lists, the majority's finding that this exclusion had only a modest effect means that it does not depart from the requirement that the jury roll be drawn broadly from the community.

[180] For the same reason, the fact that four First Nations were not included does not render the jury roll unrepresentative. The requirement that prospective jurors be drawn from broad-based source lists does not demand perfect inclusion, and the unintentional exclusion of a small community — Aboriginal or non-Aboriginal — does not undermine the representativeness of the jury roll. Although the source lists did not include all eligible jurors or all First Nations, a jury selected from this jury roll could nonetheless find facts, impartially and independently, and render a verdict on behalf of society. As long as the state does not intentionally seek to exclude such communities, such modest exclusions

pour les besoins de la représentativité, puisqu'elles permettaient quand même d'inclure les points de vue particuliers des résidents autochtones des réserves dans la liste des jurés. Il a conclu que les efforts déployés par les employés de la DST en vue d'obtenir de meilleures listes étaient adéquats, vu l'incidence minime que les listes lacunaires avaient eue sur la représentativité. Le juge Rouleau a convenu que les failles des listes de bandes avaient eu un effet [TRADUCTION] « assez minime » et il a noté que, selon le rapport Iacobucci, l'obtention de listes complètes et exactes n'aura qu'un effet limité sur le problème des faibles taux de participation des Autochtones au sein du système de jury (par. 290).

[179] Je souscris aux conclusions des juges majoritaires sur ce point. L'Ontario a pallié les failles de ses listes en faisant des efforts pour les corriger. Bien que ces efforts aient connu un succès mitigé, les employés de la DST, sur l'avis d'un juge qui avait longtemps travaillé dans le district, ont également envoyé une proportion beaucoup plus élevée de questionnaires du juré en employant les listes de bandes qu'ils possédaient, pour pallier ce qu'ils reconnaissaient être un faible taux de réponse. S'il est vrai que certains résidents des réserves ont été involontairement exclus de la fonction de juré en raison de l'insuffisance des listes, la conclusion des juges majoritaires selon laquelle cette exclusion n'avait eu qu'un effet minime signifie qu'elle ne déroge pas à l'exigence que la liste des jurés soit dressée à partir d'un large échantillon de la collectivité.

[180] Pour la même raison, ce n'est pas parce que quatre Premières Nations ne figuraient pas sur la liste des jurés que cette liste n'est pas représentative. L'obligation de faire en sorte que les candidats jurés soient issus de listes brutes établies à partir d'un large échantillon n'exige pas que tous soient inclus et l'exclusion involontaire d'une petite collectivité — autochtone ou non — ne mine pas la représentativité de la liste des jurés. Même si les listes brutes ne comprenaient pas toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de juré ou toutes les Premières Nations, un jury constitué à partir de cette liste de jurés pouvait néanmoins constater les faits de façon impartiale et indépendante et rendre

will not amount to a breach of an accused's rights under s. 11(*d*) or (*f*).

(2) Adequacy of Delivery Methods

[181] The Court of Appeal reached differing conclusions on the adequacy of the systems used by Ontario to deliver jury notices to individuals residing on reserves. LaForme J.A. did not directly address this issue in his reasons. Goudge J.A. found serious problems with delivery, and that Ontario was inattentive and did virtually nothing to determine the causes of failed delivery or how it might be remedied. In his view, "inaction by the state in the face of action that it could have taken cannot meet the reasonable efforts standard" (para. 262). Rouleau J.A. disagreed, and saw the problems with delivery as linked to the difficulties with obtaining up-to-date lists of on-reserve residents.

[182] I agree with Rouleau J.A. that any deficiencies in this case are intertwined with the problems the state was experiencing with accuracy of band lists. As discussed above, representativeness requires that jury notices be delivered to prospective jurors in a manner that does not deliberately or substantially undermine the broad-based and random quality of the jury roll. In this case, the state relied on the same system of mail delivery (general delivery and knowledge sort) that normally serves the reserve communities in question, and indeed which serves many small, remote communities in Canada. No substantial or deliberate exclusion of on-reserve Aboriginal people resulted from any deficiencies in this delivery method. Thus, in my view, the delivery methods used by the state did not violate Mr. Kokopenace's s. 11(*f*) right to trial by jury, nor did they violate his fair trial rights under s. 11(*d*) of the *Charter*.

un verdict au nom de la société. Tant que l'État ne cherche pas intentionnellement à exclure ces collectivités, les exclusions aussi minimes n'équivaudront pas à une atteinte aux droits que les al. 11*d*) ou 11*f*) garantissent à l'accusé.

(2) Caractère suffisant des méthodes d'envoi

[181] La Cour d'appel a tiré des conclusions divergentes quant au caractère suffisant des mécanismes employés par l'Ontario pour envoyer les avis de sélection de juré aux personnes qui habitaient les réserves. Le juge LaForme n'a pas directement traité de cette question dans ses motifs. Le juge Goudge a relevé de sérieux problèmes dans l'envoi des avis et a conclu que l'Ontario n'y avait pas porté attention et n'avait pratiquement rien fait pour déterminer les causes du défaut d'envoi ou pour trouver une façon d'y remédier. À son avis, [TRADUCTION] « l'omission de l'État de prendre les mesures qui étaient à sa disposition ne saurait satisfaire à la norme des efforts raisonnables » (par. 262). Le juge Rouleau n'était pas d'accord et estimait que les problèmes d'envoi étaient liés aux difficultés d'obtenir des listes à jour de résidents d'une réserve.

[182] Je conviens avec le juge Rouleau que toute lacune en l'espèce est étroitement liée aux problèmes qu'avait l'État relativement à l'exactitude des listes de bandes. Comme nous l'avons vu, la représentativité exige que les avis de sélection de juré soient envoyés aux candidats jurés d'une manière qui ne mine pas délibérément ou de façon importante la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. En l'espèce, l'État s'est servi du même système d'envoi de courrier (poste restante et tri du courrier par les employés de la poste selon leur connaissance du destinataire) qui dessert en temps normal les collectivités des réserves en question, voire bon nombre de petites collectivités éloignées au Canada. Les lacunes, s'il en est, de cette méthode d'envoi n'ont pas entraîné l'exclusion importante ou délibérée d'Autochtones qui habitent une réserve. Par conséquent, je suis d'avis que les méthodes d'envoi employées par l'État n'ont violé ni le droit à un procès avec jury que l'al. 11*f*) garantit à M. Kokopenace ni les droits à un procès équitable que lui garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*.

(3) The Problem of Low Response Rates

[183] Significant evidence was marshalled before the Court of Appeal suggesting that even where the state succeeds in identifying and selecting Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll, many of those individuals do not return the notices sent to them. The Iacobucci Report explains that this low response rate is not simply a function of difficulties with the mechanics of compiling the jury roll. Rather, it is symptomatic of the much more intractable problem of alienation of Aboriginal peoples from the justice system.

[184] The reasons identified for not participating in the jury process are many, and include conflict between First Nations cultural values and laws and those underpinning the Canadian criminal justice system; systemic discrimination experienced by Aboriginal people in the criminal justice and child welfare systems; the need for education about the justice system, and the jury in particular; negative perceptions of the justice system arising from problems with policing; the desire to assume greater control over community justice issues as part of self-government; and the often troubled relationship between the Ministry of the Attorney General and First Nations in Ontario: Iacobucci Report, at paras. 209-30 and 248-51.

[185] These reasons sit alongside more practical concerns regarding band member privacy, the types of questions asked in juror questionnaires and the logistical challenges faced by many who live in more remote communities: Iacobucci Report, at paras. 231-44. The Iacobucci Report notes that First Nations representatives "uniformly expressed the position that, until significant and substantive changes are made to the criminal justice system, the issue of jury participation will not improve" (para. 209).

(3) Le problème des faibles taux de réponse

[183] La preuve abondante réunie en Cour d'appel indique que, même lorsque l'État réussit à identifier et à sélectionner des Autochtones qui habitent une réserve pour les inscrire sur la liste des jurés, bon nombre d'entre eux ne retournent pas les avis qui leur ont été envoyés. Le rapport Iacobucci explique que ce faible taux de réponse n'est pas attribuable uniquement aux difficultés techniques liées à l'établissement de la liste des jurés. Il est plutôt le signe d'un problème beaucoup plus difficile à résoudre, soit l'aliénation des Autochtones à l'égard du système de justice.

[184] On a recensé de nombreuses raisons à l'origine de la non-participation au processus de sélection des jurés, notamment : l'opposition entre, d'une part, les valeurs culturelles et les lois des Premières Nations et, d'autre part, celles sur lesquelles repose le système de justice pénale canadien; la discrimination systémique subie par les Autochtones dans les systèmes de justice pénale et de protection de l'enfance; le besoin de transmettre de l'information sur le système de justice et le jury en particulier; les perceptions négatives du système de justice découlant de problèmes liés aux services de police; le désir d'exercer un contrôle accru sur la justice au sein des collectivités dans le cadre de l'autonomie gouvernementale; les rapports souvent difficiles entre le ministère du Procureur général et les Premières Nations en Ontario : rapport Iacobucci, par. 209-230 et 248-251.

[185] À ces raisons s'ajoutent des préoccupations d'ordre plus pratique relatives à la vie privée des membres de la bande, aux types de questions posées dans les questionnaires du juré et aux difficultés de logistique que rencontrent de nombreux habitants des collectivités éloignées : rapport Iacobucci, par. 231-244. Le rapport Iacobucci signale que « [c]e que [les auteurs du rapport ont] entendu [lors des discussions avec les représentants des Premières Nations], toujours et encore, est que le problème de la participation aux jurys restera sans solution tant que des changements importants et substantiels n'auront pas été apportés au système de justice pénale » (par. 209).

[186] At the Court of Appeal, all three judges agreed that the representativeness requirement under s. 11 requires the state to make efforts to address the low response rate among Aboriginal people residing on reserves. LaForme and Goudge JJ.A. found that the state had failed in this obligation, while Rouleau J.A. found the state's efforts to be sufficient. With respect, I cannot agree with these conclusions.

[187] As I stated at the outset of these reasons, there can be no dispute that the problems underlying the disengagement of so many Aboriginal people from the justice system are of fundamental importance. Indeed, they are among the most difficult and pressing problems facing Canadian society, and may very well have constitutional implications. This importance does not, however, mean that they are appropriately dealt with as part of an accused person's fair trial rights under s. 11 of the *Charter*. Nor does it mean that the legitimacy of jury verdicts in the District of Kenora should be compromised until such deep-seated problems are resolved.

[188] These fair trial rights entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. Understood this way, jury representativeness is a narrow right, aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. Section 11 is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury. Other tools must be brought to bear to resolve these problems.

[186] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous convenu que l'exigence de représentativité fondée sur l'art. 11 obligeait l'État à faire des efforts pour s'attaquer au faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves. Les juges LaForme et Goudge ont conclu que l'État avait manqué à cette obligation, tandis que le juge Rouleau a conclu que les efforts de l'État étaient suffisants. Avec égards, je ne peux souscrire à ces conclusions.

[187] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, il est incontestable que les problèmes sous-tendant le désengagement d'un si grand nombre d'Autochtones du système de justice revêtent une importance fondamentale. De fait, ils comptent parmi les problèmes les plus difficiles et les plus pressants auxquels se heurte la société canadienne et pourraient fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, malgré la grande importance de ces problèmes, il ne convient pas de les traiter dans le cadre d'un débat sur les droits à un procès équitable que l'art. 11 de la *Charte* garantit à l'accusé. Cela ne veut pas dire non plus que la légitimité des verdicts rendus par des jurys dans le district de Kenora doit être compromise en attendant que ces problèmes si profondément enracinés soient résolus.

[188] Ces droits à un procès équitable permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Interprétée ainsi, la représentativité du jury est un droit restreint qui vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. L'article 11 n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif. Il faudra employer d'autres outils pour résoudre ces problèmes.

IV. Conclusion

[189] In my view, the respondent has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore his conviction.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[190] Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice: see, e.g., *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 714 and 717. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. Randomness is a proxy for representativeness and every accused person in Canada who has a jury trial has a constitutional right to a jury that is representative in this sense: *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(*d*) and 11(*f*). This appeal tests whether this guarantee is real or illusory for Aboriginal people.

[191] Clifford Kokopenace was tried for second degree murder by a jury in Kenora and was ultimately convicted of manslaughter. He is an Aboriginal man from a First Nation reserve. Aboriginal people residing on reserves were drastically under-represented on the jury roll from which Mr. Kokopenace's jury was ultimately selected. The provincial officials responsible for compiling the jury roll used sources that were substantially out of date and which included people who ought not to have been included. They entirely excluded four First Nations reserves in the district.

IV. Conclusion

[189] À mon avis, l'intimé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[190] La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public dans l'administration de la justice (voir p. ex. *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714 et 717). Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. La sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité, et tout inculpé au Canada qui bénéficie d'un procès avec jury a le droit constitutionnel à un jury représentatif entendu dans ce sens (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11*d*) et *f*)). Il s'agit en l'espèce de savoir si cette garantie est réelle ou illusoire pour les Autochtones.

[191] À l'issue d'un procès avec jury pour meurtre au deuxième degré à Kenora, Clifford Kokopenace a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Il est un Autochtone issu d'une réserve des Premières Nations. Les Autochtones qui résident dans des réserves étaient considérablement sous-représentés sur la liste des jurés ayant servi à former le jury. Les fonctionnaires provinciaux chargés de dresser la liste des jurés ont utilisé pour ce faire des sources en grande partie périmées sur lesquelles figuraient des personnes qui n'auraient pas dû y être. Les

The provincial officials had serious problems delivering jury notices to on-reserve residents and those who received them were much less likely to respond than were other prospective jurors. And underlying all of this is the sad history of racial discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the administration of criminal justice.

[192] When Mr. Kokopenace became aware of problems with the jury roll after his conviction, he appealed. A majority of the Court of Appeal set aside his conviction and ordered a new trial. After considering a mountain of evidence, the Court of Appeal concluded that the substantial under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll undermined the appearance of fairness and public confidence in the administration of justice.

[193] In seeking to have this Court set aside that ruling, the Crown asks us to hold that the right to a representative jury roll means only that the state is prohibited from making improper exclusions and that the focus is not on results but on whether the state made reasonable efforts. As for the broader issues of discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the justice system, we are told that jury representativeness is an inappropriate legal tool with which to address those issues. The state, we are told, may choose to address these issues as a matter of social policy, but they have nothing to do with the right to trial by jury.

[194] Similarly, my colleague Moldaver J. would find no *Charter* violation notwithstanding a 30 percent race-based under-representation on the jury roll. He would conclude that the state, in the context of assembling jury rolls, is under no constitutional obligation to address, in any manner whatsoever, the systemic factors that contribute to this. Indeed, his view is that the state has no obligation beyond providing a "fair opportunity" to those who — as

réserves de quatre Premières Nations du district en étaient entièrement exclues. Les fonctionnaires provinciaux ont eu beaucoup de mal à faire parvenir les avis de sélection de juré aux résidents des réserves, et ces derniers, s'ils ont reçu l'avis, étaient nettement moins susceptibles d'y répondre que d'autres candidats jurés. Tout cela sur triste fond de discrimination raciale historique envers les peuples autochtones et de marginalisation de ces derniers dans l'administration de la justice pénale.

[192] Lorsque M. Kokopenace a été mis au courant des problèmes relatifs à la liste des jurés, après le prononcé de son verdict de culpabilité, il a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Après avoir examiné une montagne de preuve, la Cour d'appel a conclu que la sous-représentation considérable des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés minait l'apparence d'équité et la confiance du public dans l'administration de la justice.

[193] Le ministère public, qui sollicite l'annulation de ce jugement, demande à la Cour de conclure que le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l'État ne peut procéder à des exclusions irrégulières et que ce qui compte n'est pas tant le résultat que le fait que l'État a déployé ou non des efforts raisonnables. Quant aux grands problèmes de discrimination à l'égard des peuples autochtones et de leur marginalisation au sein du système de justice, invoquer la représentativité des jurys, nous dit-on, ne constitue pas le bon moyen juridique de les régler. L'État, nous dit-on, peut s'y attaquer dans le cadre d'une politique sociale, mais ils ne regardent en rien le droit à un procès avec jury.

[194] De même, mon collègue, le juge Moldaver, conclut à l'absence d'infraction à la *Charte* malgré une sous-représentation de 30 p. 100 fondée sur la race dans la liste des jurés. Selon lui, lorsqu'il prépare la liste des jurés, l'État n'est tenu à aucune obligation constitutionnelle de remédier aux facteurs systémiques sous-jacents. En effet, il estime que l'État a pour seule obligation d'offrir une « possibilité honnête » à ceux qui sont marginalisés

a result of prolonged racial discrimination — have become alienated from the system and whose participation would enhance its legitimacy.

[195] Like the majority of the Court of Appeal, I would reject these contentions. I do not regard compliance with the Constitution as either optional or as a matter of social policy. An Aboriginal man on trial for murder was forced to select a jury from a roll which excluded a significant part of the community on the basis of race — his race. This in my view is an affront to the administration of justice and undermines public confidence in the fairness of the criminal process. I would dismiss the appeal.

[196] While there are many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* in my view ought to be read as providing an impetus for change, not an excuse for saying that the remedy lies elsewhere.

II. Facts, Issues and Judicial History

A. *Facts and Issues in Overview*

[197] The respondent, Clifford Kokopenace, was convicted of manslaughter on June 17, 2008, by a jury in the Superior Court of Justice in Kenora, Ontario. Not long after his conviction, he became aware of some possible problems with the 2008 jury roll from which the jury that convicted him had been selected. It emerged that only 4.1 percent of the potential jurors on the roll were Aboriginal on-reserve residents even though they made up approximately 30 percent of the adult population of the District of Kenora.

[198] Mr. Kokopenace appealed the conviction on the basis, among others, that the jury roll was not representative and therefore that his rights under the *Charter* to a jury trial, to a trial before an impartial tribunal and to equality before the law (ss. 11(*f*),

en raison d'une discrimination raciale de longue date et dont la participation améliorerait la légitimité du système.

[195] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter ces prétentions. J'estime que le respect de la Constitution n'est ni facultatif ni une question de politique sociale. Un Autochtone devant être jugé pour meurtre a été forcé de choisir un jury à partir d'une liste des jurés de laquelle était exclue une bonne partie de la collectivité sur le fondement de la race — la sienne. Cette situation déconsidère à mon avis l'administration de la justice et ébranle la confiance du public dans l'équité du processus pénal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[196] Certes, la sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés a de nombreuses causes profondes. Or, à mon avis il faut voir la *Charte* comme un moteur de changement, et non s'en servir pour renvoyer à autrui la responsabilité d'accorder réparation.

II. Faits, questions en litige et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits et des questions en litige*

[197] L'intimé, Clifford Kokopenace, a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable le 17 juin 2008 par un jury en Cour supérieure de justice, à Kenora, en Ontario. Peu de temps après le prononcé du verdict, il a appris que la liste des jurés dressée pour 2008 et qui avait servi à la sélection du jury qui l'avait reconnu coupable était peut-être entachée de certaines irrégularités. Il s'est avéré que seulement 4,1 p. 100 des candidats jurés inscrits sur la liste étaient des résidents autochtones d'une réserve bien que ceux-ci représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district de Kenora.

[198] M. Kokopenace a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité au motif notamment que la liste des jurés n'était pas représentative et que, partant, il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* à un procès avec jury, à un procès devant un

11(*d*) and 15) had been violated. The Court of Appeal, by a majority, agreed that his rights had been infringed, set aside the conviction and ordered a new trial: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

[199] On the Crown's appeal to this Court, there is no dispute that there is such a concept as jury representativeness. However, the meaning and content of a right to a representative jury roll, whether it has been violated and, if so, what remedy should flow from that breach are all contested.

[200] I will address three related issues:

(a) What is the content of the right to have a representative jury roll?

(b) Was there a breach of that right in Mr. Kokopenace's case?

(c) If so, what is the appropriate remedy?

[201] I do not find it necessary to address the equality rights issue (s. 15 of the *Charter*) in light of my conclusion that Mr. Kokopenace's rights to a jury trial and to a trial before an impartial tribunal (under ss. 11(*f*) and 11(*d*)) have been violated and that he should have a new trial before a properly constituted jury.

B. *The Jury Selection Process in Ontario*

[202] This case concerns how a jury roll is compiled and the right to have a representative roll. A basic understanding of what a jury roll is and how a jury is ultimately selected to try a case is therefore a useful starting point.

[203] I emphasize that there is no challenge here to the legislation which governs how to assemble a jury roll or to select a jury to try a case. Mr. Kokopenace's complaint is that the effect of the legislation as it was applied in this case infringed his rights, not that there is any constitutional defect in the legislation itself.

tribunal impartial et à l'égalité devant la loi (al. 11*f*) et *d*), et art. 15). La Cour d'appel, à la majorité, a reconnu qu'il y avait eu atteinte à ses droits; elle a annulé le verdict de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481).

[199] Dans le pourvoi interjeté par le ministère public devant notre Cour, l'existence du concept de la représentativité du jury n'est pas contestée. Le litige porte plutôt sur le sens et la teneur du droit à une liste des jurés représentative, la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, la réparation qu'il convient d'accorder.

[200] J'aborderai ces trois questions connexes :

a) En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?

b) Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?

c) Dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

[201] J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les droits à l'égalité (art. 15 de la *Charte*) vu que je conclus à une atteinte aux droits de M. Kokopenace à un procès avec jury et à un procès devant un tribunal impartial (garantis par les al. 11*f*) et 11*d*)) et à la nécessité d'un nouveau procès devant un jury régulièrement formé.

B. *Le processus de sélection des jurés en Ontario*

[202] La présente affaire porte sur la préparation de la liste des jurés et sur le droit à une liste représentative. Un bon point de départ serait donc de déterminer en quoi consiste une liste des jurés et comment le jury est sélectionné pour le procès.

[203] Je tiens à souligner que les dispositions législatives qui régissent la préparation de la liste des jurés ou le choix du jury pour un procès ne sont pas contestées. Monsieur Kokopenace dénonce la manière dont elles ont été appliquées en l'espèce et qui a porté atteinte à ses droits, non pas l'existence d'un vice constitutionnel qui les entacherait.

[204] There are three phases in the process in Ontario which leads ultimately to the selection of a 12-person "petit" jury to try a criminal case. First, a jury roll is prepared by the sheriff: C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 114-17. Then, at the request of a judge, names from that list are selected by the sheriff to constitute jury panels, sometimes referred to as the jury "array": Granger, at pp. 117-21 and 143. Finally, through the "in-court" jury selection stage, a petit jury is selected from among the members of the jury panel.

[205] Only the third step of this process is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the other two stages are governed by provincial statutes: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 17-2; Granger, at p. 143. The constitutional breach alleged in this appeal occurred at the first stage of the jury selection process and concerns how the jury roll was assembled.

[206] In Ontario, the assembly of the jury roll is governed by the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. Under s. 5, each year the sheriff determines the number of prospective jurors required for the year and transmits that information to the Director of Assessment. From there, jury service notices and questionnaires are sent out to randomly selected persons (s. 6(1)). Everyone who receives a jury service notice is required by law to complete the questionnaire and return it to the sheriff (s. 6(5)); it is an offence punishable by fine or imprisonment not to do so (s. 38(3)). Once the jury service questionnaires have been returned, the sheriff prepares a jury roll made of those who returned the questionnaires and who are eligible for jury service and certifies that it is a proper roll (ss. 8 and 9).

[207] When a jury panel is required, a precept is issued to the sheriff by a judge of the Superior Court of Justice in the form prescribed by regulation: *Juries Act*, s. 12. The sheriff must then randomly select the panel from all whose names are on

[204] En Ontario, le processus comporte trois étapes qui mènent à la sélection d'un petit jury constitué de 12 jurés qui jugeront dans un procès criminel. Tout d'abord, le shérif prépare une liste des jurés (C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2e éd. 1996), p. 114-117). Ensuite, à la demande d'un juge, le shérif sélectionne des noms figurant sur la liste des jurés pour composer les tableaux des jurés (Granger, p. 117-121 et 143). Enfin, le petit jury est formé par tirage en salle d'audience parmi les personnes inscrites au tableau.

[205] Seule la troisième étape du processus est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; les deux autres sont régies par des lois provinciales (E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 17-2; Granger, p. 143). L'entorse à la Constitution invoquée dans le présent pourvoi est survenue à la première étape du processus de sélection des jurés et concerne la préparation de la liste des jurés.

[206] En Ontario, la préparation de la liste des jurés est régie par la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3. Aux termes de l'art. 5, le shérif détermine chaque année le nombre de candidats jurés nécessaires au cours de l'année et transmet ces renseignements au directeur de l'évaluation, qui fait envoyer des avis de sélection de juré et les formules de rapport à des personnes choisies au hasard (par. 6(1)). Toute personne qui reçoit un tel avis a l'obligation légale de renvoyer la formule de rapport dûment remplie au shérif (par. 6(5)), à défaut de quoi elle peut être déclarée coupable d'une infraction punissable d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement (par. 38(3)). Après avoir reçu les formules de rapport, le shérif dresse la liste des jurés en y inscrivant le nom des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés parmi celles qui ont renvoyé la formule et il certifie que la liste est conforme (art. 8 et 9).

[207] Lorsque la formation d'un tableau des jurés est requise, un juge de la Cour supérieure de justice délivre au shérif des citations selon la formule prescrite par les règlements (*Loi sur les jurys*, art. 12). Le shérif choisit ensuite le tableau en faisant

the jury roll (ss. 15 to 18.1). Members of the panel are subsequently summoned by the sheriff and, if not excused for reason of illness or serious hardship, are required by law to attend the court's sitting (s. 19).

[208] When a petit jury is selected for a trial, the clerk of the court randomly draws names of members of the jury panel following the procedure prescribed at s. 631 of the *Criminal Code*. In turn, the jurors whose names have been drawn and who have not been either excused by the judge, challenged peremptorily or successfully challenged for cause are sworn in until all of the jurors required to try the case (and alternates if any) have been selected: *Criminal Code*, ss. 639 to 642.

[209] I turn next to the lists from which people are selected at random to get jury service notices and questionnaires. The process for obtaining lists of residents differs depending on the territory. There are three categories.

[210] The first relates to people living in territory with municipal organization, i.e. those who are included in the enumeration under the *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, the Director of Assessment is required to send jury service notices to a random selection of persons whose names and addresses have been obtained at the most recent enumeration of the inhabitants of the county under s. 15 of the *Assessment Act*.

[211] The second category is for people who live neither in municipally organized territory nor on reserves. Section 8(6) of the *Juries Act* provides that the sheriff is to "have recourse to the latest polling list prepared and certified for such territory, and to any assessment or collector's roll prepared for

un tirage au sort à partir de tous les noms qui figurent sur la liste des jurés (art. 15 à 18.1). Le shérif assigne ensuite les personnes inscrites au tableau, lesquelles sont légalement tenues, à moins d'avoir été exemptées pour cause de maladie ou de préjudice grave, de se présenter devant le tribunal (art. 19).

[208] Pour la formation du petit jury en vue d'un procès, le greffier du tribunal tire au sort les noms des personnes inscrites au tableau des jurés en suivant la procédure prévue à l'art. 631 du *Code criminel*. Par la suite, les jurés dont le nom a été tiré et qui n'ont pas été dispensés par le juge ou qui n'ont pas fait l'objet d'une récusation péremptoire ou d'une récusation motivée fondée sont assermentés jusqu'à ce que leur nombre suffise à constituer un jury complet (y compris des jurés suppléants, s'il en est ordonné) (*Code criminel*, art. 639 à 642).

[209] Examinons les registres qui servent à la sélection aléatoire des personnes à qui seront envoyés des avis de sélection de juré et des formules de rapport. Dans les présents motifs, les termes « sources », « registres » et « bassin » sont employés de manière interchangeable et renvoient au terme « listes brutes » qu'utilisent mes collègues. Le processus qui permet d'obtenir les registres de résidents diffère selon le territoire. Il en existe trois catégories.

[210] La première vise les personnes qui résident dans une municipalité, c'est-à-dire les personnes dénombrées au recensement prévu par la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31. Suivant le par. 6(2) de la *Loi sur les jurys*, le directeur de l'évaluation doit envoyer les avis de sélection de juré à des personnes choisies au hasard, dont le nom et l'adresse proviennent du dernier recensement des habitants du comté effectué en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur l'évaluation foncière.*

[211] La deuxième catégorie vise les personnes qui ne résident ni dans un territoire érigé en municipalité ni dans une réserve. Le paragraphe 8(6) de la *Loi sur les jurys* prévoit que le shérif « peut recourir à tout registre disponible et, notamment, à la plus récente liste électorale établie et certifiée

school purposes" and that he "may obtain names from any other record available".

[212] The third category consists of people residing on reserves. I note that there is no dispute in this case that the overwhelming majority of on-reserve residents are Aboriginal people. Therefore, like the Court of Appeal, I do not see any meaningful distinction between "on-reserve residents" and "Aboriginal on-reserve residents" (para. 11). Aboriginal reserves are not subject to assessments under the *Assessment Act* and as a result the Ontario government does not produce lists of Aboriginal on-reserve residents. Unlike in the first two categories, the *Juries Act* does not refer to any other specific record of Aboriginal on-reserve residents that is to be used by the sheriff for jury purposes. Instead, s. 6(8) simply permits the sheriff to "obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available".

[213] It should be noted that, even though under the *Juries Act* it is the "sheriff" who is responsible for the jury roll process, in practice these responsibilities are carried out by various provincial and local employees. Local court staff is responsible for determining the number of jury service notices to be sent out for both on-reserve and off-reserve residents. The Municipal Property Assessment Corporation is responsible for randomly selecting names from municipal enumeration lists while local court staff is responsible for the random selection and for the mailing of notices to Aboriginal on-reserve residents. In addition, the Provincial Jury Centre ("PJC") is responsible for preparing the jury notices and questionnaires, which are then provided to local court staff and mailed out. Once the questionnaires have been returned and the roll is ready, the roll is certified by the Director for Court Operations for the West Region, who acts as the sheriff for this purpose. Finally, the PJC is responsible for issuing summons and generating a jury panel on receipt of a precept, using a computerized jury selection system.

pour ce territoire, ainsi qu'au rôle d'évaluation ou de perception dressé aux fins scolaires ».

[212] La troisième catégorie vise les personnes qui résident dans une réserve. Je fais remarquer qu'il est acquis aux débats en l'espèce que la très grande majorité des résidents d'une réserve sont des Autochtones. Par conséquent, tout comme la Cour d'appel, j'estime qu'il n'existe pas de véritable distinction entre les [TRADUCTION] « résidents de réserves » et les « résidents autochtones de réserves » (par. 11). Les réserves autochtones n'étant pas visées par le recensement prescrit par la *Loi sur l'évaluation foncière*, le gouvernement ontarien ne produit pas de listes énumérant les résidents autochtones des réserves. Contrairement à ce qui y est prévu dans le cas des deux premières catégories, la *Loi sur les jurys* ne renvoie dans ce cas à aucun registre précis des résidents autochtones de réserves pour la sélection d'un jury par le shérif. En fait, le par. 6(8) permet simplement au shérif d'« obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible ».

[213] Il convient de souligner que, sous le régime de la *Loi sur les jurys*, la responsabilité d'établir la liste des jurés incombe au « shérif », mais ce sont divers employés provinciaux et locaux qui s'en acquittent dans les faits. Le personnel judiciaire local détermine le nombre d'avis de sélection de juré qui doivent être envoyés aux résidents de réserves et aux résidents hors réserve. La Société d'évaluation foncière des municipalités sélectionne des noms au hasard à partir de la liste de recensement municipale, tandis que le personnel judiciaire local s'occupe de la sélection au hasard de résidents autochtones de réserves et de l'envoi des avis à ces derniers. En outre, le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») prépare les avis de sélection de juré et les formules de rapport, qui sont ensuite remis au personnel judiciaire local qui les achemine par la poste. Une fois que les formules de rapport sont retournées au shérif et que la liste des jurés est préparée, celle-ci est certifiée par le directeur de l'administration des tribunaux de la région Ouest, qui agit au nom du shérif à cet égard. Enfin, le CPSJ est celui qui délivre les assignations et dresse le tableau des jurés au moyen d'un système de sélection des jurés informatisé, sur réception de la citation.

C. *Proceedings in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal*

[214] Mr. Kokopenace's concerns with regard to the process leading to the creation of the 2008 jury roll in the District of Kenora were brought to the attention of the trial judge, Stach J. Since the jury had already rendered its verdict, he declined to adjourn the sentencing proceedings to hear a mistrial application because he considered himself *functus officio*.

[215] The challenge to the representativeness of the jury roll was therefore heard for the first time by a panel of the Ontario Court of Appeal, which considered extensive fresh evidence with respect to this issue. The court was unanimous that, in order to satisfy its obligation to provide a representative jury roll, the test was whether Ontario had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included. The Court of Appeal also unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claim. The court divided on the outcome of the appeal, however.

[216] LaForme and Goudge JJ.A., in separate reasons, agreed that Mr. Kokopenace's ss. 11(*d*) and 11(*f*) rights had been breached by the state's failure to make reasonable efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with a fair opportunity to be included on the jury roll. The majority of the Court of Appeal found that the state knew or ought to have known that there was a serious problem of under-representation of Aboriginal on-reserve residents in the jury roll; that the state's actions to address the problem were inadequate and largely unresponsive to the problems and that additional steps should have been taken to address the under-representation issue at the material time. A new trial was ordered.

[217] The two judges of the majority diverged in their approaches to the specific areas of state action where Ontario failed to meet its constitutional obligation. According to LaForme J.A., the state was facing, but failed to meaningfully address, two main

C. *Instance devant la Cour supérieure de justice et devant la Cour d'appel*

[214] Les préoccupations de M. Kokopenace à l'égard du processus qui a donné lieu à la liste des jurés pour 2008 dans le district de Kenora ont été portées à l'attention du juge Stach, qui présidait le procès. Comme le jury avait déjà prononcé son verdict, le juge a refusé d'ajourner la détermination de la peine afin d'instruire une demande en annulation du procès parce qu'il s'estimait dessaisi.

[215] La question de la représentativité de la liste des jurés a donc été débattue pour la première fois devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a examiné de nombreux nouveaux éléments de preuve à cet égard. La cour a conclu à l'unanimité que, pour déterminer si l'Ontario avait rempli son obligation de fournir une liste des jurés représentative, il fallait se demander s'il avait déployé des efforts raisonnables pour donner aux groupes ayant des perspectives particulières une possibilité honnête d'être inscrits sur cette liste. La Cour d'appel a également rejeté, à l'unanimité, les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. La cour était cependant divisée sur l'issue de l'appel.

[216] Les juges LaForme et Goudge ont tous deux convenu, dans des motifs distincts, que les droits que M. Kokopenace tire des al. 11*d*) et 11*f*) avaient été violés parce que l'État n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour offrir aux résidents autochtones de réserves une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'État connaissait ou aurait dû connaître la grave sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés; que les mesures prises par l'État pour régler le problème étaient insuffisantes et très mal adaptées et que d'autres mesures s'imposaient pour remédier au problème à l'époque pertinente. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[217] Les deux juges majoritaires n'ont pas envisagé de la même façon les sphères d'action étatique où l'Ontario avait manqué à son obligation constitutionnelle. Selon le juge LaForme, l'État se heurtait à deux principaux problèmes auxquels il ne

problems: obtaining accurate up-to-date lists of Aboriginal on-reserve residents and addressing the deteriorating rate of return of the jury questionnaires. Goudge J.A.'s conclusion that Ontario failed to meet its obligations was based on its "failure to make reasonable efforts to facilitate delivery of questionnaires to Aboriginal on-reserve residents and to encourage responses to them" (para. 277).

[218] Rouleau J.A., dissenting, concluded that the state's efforts were sufficient to comply with its *Charter* obligations and would have dismissed the appeal. In his view, the state's efforts should be assessed by focusing on what was known at the time the jury roll was prepared. It is only after the compilation of the 2008 jury roll, with the publication of a report of the Honourable Frank Iacobucci on the issue of First Nations representation on juries in Ontario, that Ontario was made aware of the complexity of the issue: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). According to Rouleau J.A., viewed in light of the information known at the time, the state's efforts had been reasonable.

III. Analysis

A. *What Is the Content of the Right to Have a Representative Jury Roll?*

[219] This appeal raises specific questions about the representativeness of a jury roll in the District of Kenora. But these issues have to be viewed in the broader context of the place and purpose of jury trials in our system of criminal justice and the special meaning of representativeness in connection with s. 11 *Charter* rights.

s'était pas véritablement attaqué : obtenir les listes, à jour et exactes, des résidents autochtones de réserves et prendre des mesures pour améliorer le taux décroissant de renvoi des formules de rapport. Pour sa part, le juge Goudge a conclu que l'Ontario ne s'était pas acquitté de ses obligations parce qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas fait d'efforts raisonnables pour faciliter la distribution des formules aux résidents autochtones de réserves et pour les encourager à les retourner » (par. 277).

[218] Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l'État avait déployé des efforts suffisants pour respecter les obligations que la *Charte* lui impose et, par conséquent, il était d'avis de rejeter l'appel. Selon lui, pour mesurer les efforts de l'État, il fallait s'en tenir à ce qui était connu au moment de la préparation de la liste des jurés. Ce n'est qu'après l'établissement de la liste des jurés pour 2008 et après la publication du rapport de l'honorable Frank Iacobucci sur la représentation des Premières Nations sur les listes des jurés en Ontario que l'Ontario a été avisé de la complexité de la question (*La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (« rapport Iacobucci »). Selon le juge Rouleau, compte tenu des renseignements connus à l'époque, les efforts de l'État étaient à son avis raisonnables.

III. Analyse

A. *En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?*

[219] Le présent pourvoi soulève des questions précises concernant la représentativité des listes des jurés dans le district de Kenora. Il faut cependant examiner ces questions à la lumière de la place qu'occupe le procès avec jury dans notre système de justice pénale et de son objet, compte tenu du sens particulier à donner à la représentativité lorsqu'il est question des droits que garantit l'art. 11 de la *Charte*.

(1) The Jury Trial in the Criminal Justice System

[220] In the Anglo-Canadian tradition of criminal justice, the jury is seen as a "bulwark of individual liberty" of accused persons and as a "vehicle of public education . . . lending the weight of community standards to trial verdicts": *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1309-10; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. The jury functions as a fact-finder, as the conscience of the community, as the ultimate protection against oppressive laws and oppressive law enforcement and as an educative institution through which members of the public directly participate in an important judicial process: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-14. The jury system is intended and ought to enhance the legitimacy of the criminal justice system in the eyes of the public. It puts real power in the hands of the people, giving members of the public both authority and responsibility for how the criminal law is applied in individual cases.

[221] To fulfill these important functions, a jury must be — and be perceived to be — representative of the community, competent in relation to its tasks, impartial and independent. That a jury actually possesses these qualities ultimately depends on who is selected for jury duty. Thus, compilation of the jury roll from which a petit jury is ultimately selected is of fundamental importance to both the fairness in fact and to the perceived fairness of the trial. Selection of a proper jury is the foundation of everything that follows at trial.

(2) The Place of Representativeness Within Section 11 *Charter* Rights

[222] In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal. Sections 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*,

(1) Le procès avec jury dans le système de justice pénale

[220] Dans la justice pénale de tradition anglo-canadienne, le jury est considéré comme le « rempart des libertés individuelles » de l'accusé et comme « moyen d'éducation du public [. . .] incorporant les normes de la société aux verdicts des procès » (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1309-1310; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). Le jury exerce plusieurs fonctions : il est le juge des faits, la conscience de la collectivité, le rempart contre l'oppression des lois ainsi qu'une institution éducative par laquelle le public participe directement à un processus judiciaire important (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-15). Le système du jury est censé renforcer la légitimité du système de justice pénale aux yeux du public. Il confie un véritable pouvoir aux citoyens en leur donnant l'autorité et la responsabilité d'appliquer le droit pénal dans une affaire donnée.

[221] Pour remplir ces importantes fonctions, le jury doit être — et paraître — représentatif de la collectivité, compétent dans l'accomplissement de ses tâches, impartial et indépendant. La question de savoir si le jury possède effectivement ces qualités dépend des personnes choisies pour constituer le jury. C'est pourquoi l'établissement de la liste des jurés à partir de laquelle le petit jury est formé revêt une importance fondamentale pour l'équité réelle et perçue du procès. La formation d'un jury convenable constitue le fondement sur lequel repose toute l'instruction du procès.

(2) La place de la représentativité dans les droits que garantit l'art. 11 de la *Charte*

[222] Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. La représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par la

which are engaged with respect to persons "charged with an offence", provide as follows:

> **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;
>
> . . .
>
> (*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[223] It will be helpful to briefly set out several points about the contours of the right to a representative jury roll.

(a) *Randomness as a Proxy for Representativeness*

[224] Representativeness of the jury, while of fundamental importance, is nonetheless understood in an "inherently qualified" sense: C.A. reasons, at para. 31. The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random from within that community. When I refer to the requirement of representativeness, I am referring to representativeness in this sense. In the leading case of *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525, L'Heureux-Dubé J. explained that a jury will be sufficiently representative if the initial array (and I would add, the roll from which it is selected) is composed of a random selection made from appropriate sources:

> 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.

Charte. Les alinéas 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*, qui s'appliquent aux inculpés, disposent :

> **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;
>
> . . .
>
> *f*) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[223] Il sera utile d'exposer brièvement quelques points concernant les paramètres du droit à une liste des jurés représentative.

a) *La sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité*

[224] La représentativité du jury, dont l'importance est fondamentale, est néanmoins interprétée dans un sens [TRADUCTION] « essentiellement restreint » (motifs de la C.A., par. 31). L'aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Je conçois l'obligation de représentativité exactement dans ce sens. Dans l'arrêt de principe *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525, la juge L'Heureux-Dubé explique qu'un jury sera suffisamment représentatif si le tableau initial (et j'ajouterais, la liste à partir de laquelle ce tableau est établi) résulte d'une sélection aléatoire issue de sources adéquates :

> 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.

[225] O'Leary J. put the same point well in *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (Alta. Q.B.), at p. 396:

> Representativeness is guaranteed, first, by ensuring that as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected is representative of the whole community, and, secondly, by selecting jury panels from that pool on a random basis.

[226] Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. A petit jury is representative if it is properly selected from that roll. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

(b) *There Are Strong Reasons Supporting This Limited Understanding of Representativeness*

[227] Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury: race, gender, sexual orientation, marital status, political leanings, age, and economic status are only a few of the possibilities. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that is representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems. Going down that road would also inevitably lead to serious — and under our legal traditions, unacceptable — intrusions into the privacy of prospective jurors, many of whom would not be willing to reveal the sorts of personal characteristics or opinions included on the brief list I have set out.

[225] Le juge O'Leary a bien expliqué ce point dans le jugement *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (B.R. Alb.), p. 396 :

> [TRADUCTION] La représentativité est garantie, premièrement, par l'assurance que le bassin ou la population à partir desquels sont établis les tableaux des jurés est, dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière et, deuxièmement, par la sélection aléatoire des tableaux des jurés à partir de ce bassin.

[226] Ainsi, la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l'issue d'un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Le petit jury est représentatif lorsqu'il est régulièrement sélectionné à partir de cette liste. Or, la sélection aléatoire n'est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s'applique quand il s'agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d'un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

b) *D'importantes raisons étayent cette conception restrictive de la représentativité*

[227] Des raisons d'ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S'il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d'interminables débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques, dont la race, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, les allégeances politiques, l'âge et la situation économique. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables. En outre, s'engager dans cette voie entraînerait inévitablement une incursion grave — voire inacceptable selon nos traditions juridiques — dans la vie privée des candidats jurés, dont un grand nombre refuseraient de révéler ce genre de caractéristiques ou opinions personnelles que j'énumère précédemment.

[228] These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. While we attach great importance to the right to a representative jury roll, this does not imply, let alone require, that this right must trump all other considerations. We also attach great importance to the right to an impartial jury, yet we place strict limits on how that right may be pursued. We do not allow the parties to have prospective jurors examined by psychologists before trial; indeed, we greatly restrict the scope of questioning of prospective jurors in court, even in the context of a demonstrated cause for challenge: see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 51-56. Any number of other examples may be given from the criminal law where we do not pursue one right at the expense of others. There is nothing unusual, let alone "incongruous", about holding that the right to a representative jury roll must be balanced with and defined in light of other important rights and values, including other safeguards of jury impartiality. Moreover, protecting juror privacy may be understood as serving, not undermining, juror impartiality. As Moldaver J. wrote in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 42: "Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at that point are no more relevant than that of the presiding judge."

[228] Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Certes, nous attachons une grande importance au droit à une liste des jurés représentative, mais il ne s'ensuit pas que ce droit l'emporte sur toutes les autres considérations. Nous attachons aussi une grande importance au droit à un jury impartial, et pourtant nous assortissons ce droit de limites strictes. Nous ne permettons pas aux parties de faire examiner les candidats jurés par des psychologues avant le procès; en fait nous restreignons grandement la portée de l'interrogatoire auquel sont soumis les candidats jurés dans la salle d'audience, même lorsqu'un motif de récusation est démontré (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 51-56). On peut nommer en droit criminel bien d'autres cas où un droit n'est pas protégé au détriment d'un autre. Il n'y a rien d'inhabituel, et encore moins d'« incongru », à conclure qu'il faut mettre en balance le droit à une liste des jurés représentative d'une part et les autres droits et valeurs importants, y compris d'autres mesures visant à assurer l'impartialité du jury, d'autre part et que le premier se définit à la lumière des autres. De plus, on peut concevoir que la protection de la vie privée des jurés ne mine pas, mais favorise, l'impartialité du jury. Pour reprendre les propos du juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, qu'il a exprimés au par. 42 : « Lorsqu'ils ont été choisis, les jurés deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience. »

[229] The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle. But this case is highly unusual. Section 6(8) of the *Juries Act* singles out an obviously distinct group: Aboriginal on-reserve residents. What is even more unusual, the evidence confronts us with the stubborn fact that there are substantially fewer of them — nearly 30 percent fewer — on the jury roll than there would

[229] Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire. La présente affaire est toutefois très inhabituelle. Le paragraphe 6(8) de la *Loi sur les jurys* vise un groupe manifestement distinct : les résidents autochtones de réserves. Il est encore plus inhabituel que la preuve nous mette en présence du fait indiscutable qu'ils sont beaucoup moins nombreux sur

be in a random sample of potential jurors in the judicial district. It does not turn our tradition of jury selection upside down to deal with this; it is inconsistent with that tradition to ignore it.

[230] The rationale of the more limited, "randomness" approach to representativeness was well expressed by Rosenberg J.A. in *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21:

> The right to a representative jury roll is not absolute in the sense that the accused is entitled to a roll representative of all of the many groups that make up Canadian society. This level of representativeness would be impossible to obtain. There are a number of practical barriers inherent in the selection process that make complete representativeness impossible. The roll is selected from a discrete geographical district which itself may or may not be representative of the broader Canadian society.
>
> Further, the critical characteristic of impartiality in the petit jury is ensured, in part, by the fact that the roll and the panel are produced through a random selection process. To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. [Emphasis added.]

[231] The right to a representative jury roll therefore does not imply any right to be tried by a petit jury which proportionally represents the population. Nor is there a right to be tried by a jury whose members belong to the same group, race or gender as does the accused: *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 55-60, per McLachlin J.; *Church of Scientology*, at p. 121; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *Born with a Tooth*, at p. 397. (I note that the comments of McLachlin J.

la liste des jurés — et ce dans une proportion de près de 30 p. 100 — qu'ils ne le seraient dans un échantillon pris au hasard dans le district judiciaire. Nous attaquer à ce problème ne bouleversera pas notre tradition de sélection des jurés; en faire fi serait la renier.

[230] Dans l'arrêt *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121, le juge Rosenberg a bien expliqué la conception stricte de la représentativité, qui repose sur une sélection aléatoire :

> [TRADUCTION] Le droit à une liste des jurés représentative n'est pas absolu si on entend par là qu'elle est représentative de chacun des nombreux groupes dont la société canadienne est composée. Un tel degré de représentativité est impossible à atteindre. De nombreux obstacles concrets propres au processus de sélection rendent la représentativité intégrale impossible. La liste est dressée à partir d'un district géographique précis, lequel peut ou non être représentatif de la société canadienne en général.
>
> En outre, l'impartialité du petit jury est une caractéristique fondamentale qui est assurée, en partie, par le fait que la liste et le tableau sont issus d'un processus de sélection au hasard. Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques perçues nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus indiscret, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés des renseignements concernant leur race, leur religion, leur pays d'origine et d'autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [Je souligne.]

[231] En conséquence, le droit à une liste des jurés représentative n'emporte pas le droit d'être jugé par un petit jury qui représente, toutes proportions gardées, la population, ni celui d'être jugé par un jury dont les membres appartiennent au même groupe, à la même race ou au même sexe que l'accusé (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 55-60, la juge McLachlin; *Church of Scientology*, p. 121; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *Born with a Tooth*, p. 397). (Je signale

(as she then was) in *Biddle* relate to the composition of a *petit* jury; the Court has at least twice affirmed the requirement that the *jury array* be representative: *Sherratt*, at p. 525, per L'Heureux-Dubé J. for the majority; *Williams*, at paras. 45-47, per McLachlin J. (as she then was) for the Court.)

[232] Representativeness as we understand it is thus largely dependent on the jury roll from which potential jurors are selected because a random selection of persons from that roll is deemed to be sufficiently representative.

[233] Let me be crystal clear. The focus of this analysis is on the process of random selection because this is, in our legal tradition, a proxy for representativeness. A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll as in *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection *process* does not mean that the *results* of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. The process used in this case produced results that obviously and significantly departed from any result that could be obtained by a proper process of random selection. Unlike my colleague Moldaver J., my view is that we should not ignore the results when they plainly show, as they do here, a significant departure from a properly conducted random selection process.

(c) *Representativeness and Impartiality Are Distinct But Related Concepts*

[234] Representativeness should not be confused or equated with impartiality. But representativeness is part of an interlocking set of protections which,

que les remarques de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Biddle* portaient sur la composition du *petit* jury; la Cour a confirmé à au moins deux reprises l'obligation quant à la représentativité du *tableau des jurés* (*Sherratt*, p. 525, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires; *Williams*, par. 45-47, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au nom de la Cour).)

[232] La représentativité telle que nous la concevons dépend donc largement de la liste des jurés utilisée pour la sélection des candidats jurés puisqu'une sélection au hasard des noms tirés de cette liste est réputée satisfaire au critère de représentativité.

[233] Je tiens à être très clair. L'analyse est axée sur le processus de sélection aléatoire parce qu'il est, dans notre tradition juridique, l'instrument de la représentativité. Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste, comme cela s'est produit dans l'affaire *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le *processus* de sélection aléatoire ne signifie pas que les *résultats* du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. En l'espèce, le processus a produit des résultats qui se démarquent manifestement et considérablement de ceux qu'aurait produits une sélection aléatoire en bonne et due forme. Contrairement à mon collègue, le juge Moldaver, j'estime qu'on ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement, comme dans la présente affaire, un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

c) *La représentativité et l'impartialité sont des notions distinctes, mais connexes*

[234] Il ne faudrait pas confondre représentativité et impartialité. La représentativité s'inscrit dans un ouvrage de protections qui contribuent à

together, help to assure impartiality and contribute to public confidence. These include instructions from the trial judge, submissions from counsel, challenges to the jury array, the trial judge's authority to screen out partial jurors and the challenge for cause process: see, e.g., *Williams*, at para. 47. As L'Heureux-Dubé J. put it in *Sherratt*:

> The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable . . . . [Emphasis added; p. 525.]

[235] Under ss. 629 and 630 of the *Criminal Code*, an accused person or the prosecutor may challenge the "array" — i.e. the panel of jurors summoned for jury selection — on grounds of "partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or other officer by whom the panel was returned": see also Ewaschuk, at pp. 17-5 and 17-6. This sort of challenge is made before trial. Such challenges have been made, for example, where there was evidence that the sheriff had a policy of not including Aboriginal people in the array and where the array was assembled using long outdated lists which excluded tens of thousands of eligible jurors: *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.); *Buckingham*.

[236] The trial judge has considerable discretion to excuse jurors whose impartiality is questioned: *Criminal Code*, ss. 632 and 633. The parties also have the right to exercise peremptory challenges and the opportunity to challenge for cause, which are provided for by ss. 634 to 638 of the *Criminal Code*: see also *Williams*, at para. 47; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 334.

[237] These opportunities to assure impartiality in fact work with the requirement of representativeness

assurer l'impartialité du jury et la confiance du public. Il s'agit notamment des directives du juge et des avocats, de la récusation du tableau des jurés, du pouvoir du juge d'écarter les jurés partiaux et du processus de récusation motivée (voir p. ex. *Williams*, par. 47). Pour reprendre les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Sherratt* :

> L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable . . . [Je souligne; p. 525.]

[235] Aux termes des art. 629 et 630 du *Code criminel*, l'accusé ou le poursuivant peut demander la récusation du tableau des jurés, soit ceux qui ont été assignés pour constituer le jury, pour l'un des motifs suivants : « . . . partialité, fraude ou inconduite délibérée du shérif ou des autres fonctionnaires qui ont constitué le tableau » (voir également Ewaschuk, p. 17-5 et 17-6). Les demandes de ce genre sont présentées avant le procès. La récusation a été demandée, par exemple, dans un cas où la preuve avait établi que le shérif avait pour principe de n'inscrire aucun Autochtone au tableau et un autre où le tableau avait été créé à partir de registres depuis longtemps périmés sur lesquels ne figuraient pas des dizaines de milliers de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés (*R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.); *Buckingham*).

[236] Le juge du procès a un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de dispenser les jurés dont l'impartialité est mise en doute (*Code criminel*, art. 632 et 633). Les parties ont également le droit de récuser péremptoirement un juré et la possibilité de procéder à la récusation motivée, prévus aux art. 634 à 638 du *Code criminel* (voir également *Williams*, par. 47; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 334).

[237] Ces moyens de garantir l'impartialité, conjugués à l'obligation de représentativité, visent à

to ensure an impartial jury whose views and attitudes are anchored in the community in which the trial takes place. The resulting jury is thus a "representative cross-section of society, honestly and fairly chosen": *Sherratt*, at p. 524.

[238] All of these protections, including the requirement of representativeness, are especially important in the context of potential racial prejudice. As the present Chief Justice wrote in *Williams*, racial prejudice is "insidious". It is "[b]uried deep in the human psyche" and rests on "preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals" (para. 21). A jury roll that is representative of the community is more likely to result in a petit jury that can avoid these often unconscious effects of racism. Indeed, our law of challenge for cause is premised on representativeness in this sense: *ibid.*, at para. 42. If that premise is not sound, the interlocking protections of impartiality as a whole are weakened.

[239] *Williams* also teaches us to be sceptical about "slippery slope" arguments used to oppose efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection. It is suggested by my colleague that addressing the race-based underrepresentation that confronts in this case will make it "virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country" so that the "administration of criminal justice would suffer a devastating blow": Moldaver J., at para. 83. Similar contentions were advanced in opposition to race-based challenges for cause in *Williams*: see paras. 51-56. They were rejected and the sky has not fallen. They should be rejected here as well.

[240] There are many obvious concrete and practical steps that could be taken to address this problem.

produire un jury impartial dont les membres ont des points de vue et des attitudes ancrés dans la collectivité où se tient le procès. Le jury ainsi produit est donc un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[238] Toutes ces protections, y compris l'obligation de représentativité, sont particulièrement importantes dans un contexte où les préjugés raciaux sont possibles. Pour reprendre les propos de la Juge en chef actuelle dans *Williams*, les préjugés raciaux sont d'une nature « insidieuse ». Ces notions « [p]rofondément enracinées dans la psyché humaine » reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu'ils s'en rendent compte » (par. 21). Une liste des jurés représentative de la collectivité donnera vraisemblablement un petit jury qui pourra éviter ces effets souvent inconscients du racisme. D'ailleurs, les règles relatives à la récusation motivée sont fondées sur le principe de la représentativité entendue en ce sens (*ibid*., par. 42). Si la prémisse n'est pas solide, l'ouvrage des protections de l'impartialité s'en trouve en entier affaibli.

[239] L'arrêt *Williams* nous enseigne également de nous méfier des arguments dits « du doigt dans l'engrenage » que l'on pourrait invoquer pour s'opposer aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés. Mon collègue propose que si on voulait remédier à la sous-représentation fondée sur la race qui est en cause dans le présent litige, il « serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays » de telle sorte que « l'administration de la justice pénale en souffrirait énormément » (motifs du juge Moldaver, par. 83). Des arguments semblables avaient été avancés dans l'affaire *Williams* en opposition à la récusation fondée sur la race (voir par. 51-56). À l'époque, ils ont été rejetés, et le ciel ne nous est pas tombé sur la tête. De même, il faut les rejeter en l'espèce.

[240] Il existe de nombreux moyens évidents de s'attaquer concrètement au problème. Par exemple,

Some of these, for example, are outlined in the reasons of Goudge J.A. in the Court of Appeal: see, e.g., para. 273. One such obvious step — and one which was not taken — was to make "a concerted effort to determine from Aboriginal on-reserve leaders why the response rates were so comparatively low, or what the state might do to help" (para. 265). Goudge J.A. concluded that "there are and were things the state could do to alleviate the problem, had it investigated" (para. 274). Or as LaForme J.A. summed it up: ". . . the state's actions show that it almost entirely failed to inform its approach with an understanding of its special relationship with Aboriginal people . . . . There is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system . . . in its approach to the jury representation problem" (para. 210).

certains sont esquissés dans les motifs du juge Goudge de la Cour d'appel (voir p. ex. par. 273). L'un de ces moyens évidents — mais qui n'a pas été pris — consistait à faire [TRADUCTION] « des efforts concertés pour déterminer, après consultation des chefs des réserves autochtones, les causes du faible taux de réponse au sein de celles-ci par rapport au taux à l'extérieur des réserves ou les mesures étatiques qui permettraient d'améliorer la situation » (par. 265). Selon le juge Goudge, « il y a et il y avait des solutions pour remédier à ce problème, si l'État les avait cherchées » (par. 274). Ou encore, comme le résume le juge LaForme de la Cour d'appel : [TRADUCTION] « . . . les actes de l'État démontrent qu'il a presque fait complètement fi de la relation spéciale qu'il entretient avec les Autochtones [. . .] Rien ne prouve que l'État a tenu compte de la marginalisation critique des Autochtones dans le système de justice pénale [. . .] dans sa façon d'aborder le problème de leur représentation au sein des jurys » (par. 210).

(d) *Representativeness and Sections 11(f) and 11(d) of the Charter*

[241] Section 11(*f*) — guaranteeing a right to a jury trial for offences punishable by five years in prison or a more severe penalty — enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component. L'Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, at p. 524, noted that the jury "was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen" and that "[a]ny other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body." I touched on these rationales earlier. They include bringing collective wisdom to the task of fact-finding, acting as the conscience of the community, providing a bulwark against oppressive laws or their enforcement, serving as a means by which the public may increase its knowledge of the criminal justice system and through that knowledge increase societal trust in the system as a whole: *Sherratt*, at pp. 523-24.

d) *La représentativité et les al. 11f) et 11d) de la Charte*

[241] L'alinéa 11*f*) — le droit de bénéficier d'un procès avec jury si l'on est accusé d'une infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une peine plus grave — constitutionnalise l'institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante. Dans l'arrêt *Sherratt*, la juge L'Heureux-Dubé souligne à la p. 524 que le jury « [est] con[çu] [. . .] comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » et que « [t]oute autre vision risque d'aller à l'encontre des motifs mêmes de l'existence d'une telle institution. » J'aborde précédemment ces motifs : la qualité de juge des faits du jury repose sur la sagesse collective des jurés; il exprime la conscience de la collectivité; il sert de rempart contre les lois oppressives ou leur application; il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle; et, grâce à cette connaissance, il accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système (*Sherratt*, p. 523-524).

[242] Representativeness therefore "brings to the jury function . . . the possibility of different perspectives from a diverse group of persons" and "seeks to avoid the risk that persons with these different perspectives . . . will be systematically excluded from the jury roll": *Church of Scientology*, at p. 122. It follows that representativeness is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury: *Sherratt*, at p. 525. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the "conscience of the community" and in order for s. 11(*f*) to be meaningful and effective: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. It is therefore seen as an element of that right: *Sherratt*, at pp. 523-25; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43, per McLachlin C.J.; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (Sask. Q.B.); *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, at paras. 132-43; *Church of Scientology*, at p. 119.

[243] In addition to the role that representativeness plays in actualizing the right to a jury trial under s. 11(*f*) of the *Charter*, it is also one of the components which ensure that the jury is "an independent and impartial tribunal" under s. 11(*d*). In *Williams*, this Court included a "representative jury pool" as one of the "essential safeguard[s] of the accused's s. 11(*d*) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury": para. 47; see also *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 42; *Davey*, at para. 30; *Parks*, at p. 336. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(*d*). For example, in *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the court found that the sheriff's complete failure to obtain lists of Aboriginal on-reserve residents resulted in a jury roll that was not representative and, relying on s. 11(*d*) of the *Charter*, declared the selection process for the array to be fatally flawed *ab initio*. In the context of a coroner's inquest, the Ontario Court of Appeal also stated that the effective exclusion of Aboriginal people could be

[242] Par conséquent, la représentativité [TRADUCTION] « assortit les fonctions du jury [. . .] de la possibilité qu'un groupe hétérogène présente des points de vue différents » et « vise à faire en sorte que des personnes avec ces points de vue différents [. . .] ne risquent pas d'être systématiquement exclues de la liste des jurés » (*Church of Scientology*, p. 122). Il s'ensuit que la représentativité constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un jury régulièrement formé (*Sherratt*, p. 525). La représentativité, tout comme l'impartialité, est essentielle pour que l'institution du jury joue son rôle de « conscience de la collectivité » et pour que l'al. 11*f*) ait un véritable effet (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). La représentativité est conçue comme une partie intégrante de ce droit (*Sherratt*, p. 523-525; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43, la juge en chef McLachlin; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (B.R. Sask.); *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, par. 132-143; *Church of Scientology*, p. 119).

[243] En plus du rôle qu'elle joue pour donner effet au droit à un procès avec jury garanti par l'al. 11*f*) de la *Charte*, la représentativité constitue l'un des éléments qui font du jury « un tribunal indépendant et impartial » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11*d*). Dans l'arrêt *Williams*, la Cour précise qu'un « tableau des jurés représentatif » constitue une « garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l'al. 11*d*) de la *Charte* confère à l'accusé » (par. 47; voir également *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 42; *Davey*, par. 30; *Parks*, p. 336). Les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s'il y a eu violation à l'al. 11*d*). Par exemple, dans l'affaire *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a conclu que l'omission par le shérif d'obtenir des registres de résidents autochtones de réserves avait donné lieu à une liste des jurés qui n'était pas représentative et, sur le fondement de l'al. 11*d*) de la *Charte*, a déclaré que le processus de sélection du tableau des jurés était irrémédiablement vicié *ab initio*. Dans le

fatal to the jury roll: *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

[244] As it is guaranteed under ss. 11(*d*) and 11(*f*), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons "charged with an offence", not of particular groups or the community at large. Thus, to the extent that the representativeness is an aspect of the rights guaranteed by ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*, it does not follow that there is a corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group, to be included on a jury roll, jury array, or petit jury.

(3) When Does a Defect in the Representativeness of the Jury Roll Constitute a Breach of Sections 11(*f*) and 11(*d*)?

[245] Generally, in order to achieve a representative jury roll that will satisfy the requirement of representativeness under ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*, two things are necessary.

[246] First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. As was said in *Born with a Tooth*, "as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected [should be] representative of the whole community" (p. 396). The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district.

[247] Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of

contexte d'une enquête du coroner, la Cour d'appel de l'Ontario a également affirmé que l'exclusion effective des Autochtones pouvait vicier la liste des jurés (*Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321).

[244] Suivant la protection que lui confèrent les al. 11*d*) et 11*f*), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l'« inculpé », et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Par conséquent, si la représentativité constitue un aspect des droits garantis aux al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte,* ces dispositions ne confèrent pas pour autant un droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d'une liste de jurés, d'un tableau de jurés ou d'un petit jury.

(3) Quand la non-représentativité de la liste des jurés constitue-t-elle une violation des al. 11*f*) et 11*d*)?

[245] En général, pour obtenir une liste des jurés représentative qui satisfera généralement à l'obligation de représentativité visée aux al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réunies.

[246] Premièrement, les registres à partir desquels sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatifs du district. Ainsi que l'a affirmé la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Born with a Tooth*, [TRADUCTION] « le bassin ou la population à partir duquel sont établis les tableaux des jurés [devrait être], dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière » (p. 396). La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si le registre des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complet et aussi exact que possible et qu'il ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district.

[247] Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire du registre.

notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

(4) The Court of Appeal's Test

[248] The Court of Appeal set out a test to determine whether the state had complied with its constitutional obligations to ensure that jury trials are conducted before representative juries. The court held that what is required is "reasonable efforts to seek to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included": para. 50, per LaForme J.A. I respectfully disagree with two aspects of this approach.

[249] First, and unlike my colleague Moldaver J., I would not express the test in terms of the state providing a "fair opportunity" for particular perspectives to be included. This approach skews whose right is at stake and whose obligation it is to comply. Speaking of a "fair opportunity" to be included takes the focus off the fact that under ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*, the right to a representative jury roll is the right of the accused, not of those who ought to have been included on the roll. Moreover, this "fair opportunity" formulation also takes the focus off the state's constitutional obligation to provide a representative jury. We do not speak of a "fair opportunity" to have a fair trial or issuing an "invitation" to be free of unreasonable searches and seizures. Respectfully, it seems to me to be inconsistent with basic principles of *Charter* rights to speak in terms of a "fair opportunity" to have a representative jury. I do not see any "fair opportunity" standard in ss. 11(*d*) or 11(*f*) of the *Charter*.

L'État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d'avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d'influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard dans le registre, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n'est alors plus l'instrument de la représentativité.

(4) Le critère énoncé par la Cour d'appel

[248] La Cour d'appel a énoncé un critère visant à déterminer si l'État avait rempli ses obligations constitutionnelles de garantir que les procès avec jury sont tenus devant des jurys représentatifs. Selon elle, il faut démontrer [TRADUCTION] « des efforts raisonnables pour tenter de donner aux résidents autochtones de réserves, un groupe ayant des points de vue distincts, une possibilité honnête d'être représentés » (par. 50, le juge LaForme). Je ne partage malheureusement pas leur avis sur deux points.

[249] Premièrement, à mon avis, et contrairement à celui du juge Moldaver, il ne faut pas concevoir le critère comme étant celui de savoir si l'État donne ou non une « possibilité honnête » à des points de vue en particulier d'être représentés. Par cette approche, on confond le bénéficiaire du droit en jeu et le détenteur de l'obligation. Dans l'expression « possibilité honnête » d'être représenté, l'accent n'est plus sur le fait que le droit à une liste des jurés représentative appartient à l'inculpé, aux termes des al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*, mais il est davantage sur ceux qui auraient dû être inscrits sur la liste. Qui plus est, dans cette expression l'accent n'est plus sur l'obligation constitutionnelle de l'État de garantir un jury représentatif. Par ailleurs, on ne parle jamais d'une « possibilité honnête » de bénéficier d'un procès équitable ou d'une « invitation » à être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Soit dit en tout respect, il me semble que la notion de « possibilité honnête » d'avoir un jury représentatif n'est pas conforme aux principes consacrés dans la *Charte*. J'estime qu'il n'y a dans les al. 11*d*) ou 11*f*) de la *Charte* aucune norme fondée sur une « possibilité honnête ».

[250] Second, I would not adopt the "reasonable efforts" standard for determining whether a limitation of the right has occurred proposed by the Court of Appeal and adopted by Moldaver J. In my opinion, this approach is disconnected from a proper analysis of the *Charter* right at stake. The "reasonable efforts" standard makes it easy to lose sight of the fact that it is the state's responsibility to comply with the *Charter* and that it is the right of an accused person to be tried by a jury selected in accordance with the *Charter*. It is the state's constitutional obligation not to breach people's *Charter* rights, not simply to make "reasonable efforts" not to do so. Moreover, the "reasonable efforts" standard glosses over the question of whether the limitation of the right is the result of state action.

(5) Representativeness and State Action

[251] The *Charter* protects against interference *by the state* with guaranteed rights: s. 32. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 73-78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paras. 126 and 131-34. This does not require that the state action be "the only or the dominant cause" of the limitation provided that there is a "real, as opposed to a speculative, link" between the alleged limitation and the state action: *Bedford*, at para. 76. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has also been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation and, in my view, this threshold applies in the context of this case.

[250] Deuxièmement, je n'adopterais pas la norme des « efforts raisonnables », afin de déterminer s'il y a eu restriction du droit, proposée par la Cour d'appel et adoptée par mon collègue, le juge Moldaver. Cette approche s'éloigne, à mon avis, de l'analyse applicable au droit garanti par la *Charte* dont il est question. La norme des « efforts raisonnables » nous fait facilement perdre de vue le fait que la responsabilité de se conformer à la *Charte* incombe à l'État et que le droit de bénéficier d'un procès avec jury sélectionné d'une manière conforme à la *Charte* appartient à l'inculpé. L'État a l'obligation constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*; il ne suffit pas qu'il déploie des « efforts raisonnables » en ce sens. En outre, la norme des « efforts raisonnables » évacue la question de savoir si la restriction imposée au droit résulte d'une action de l'État.

(5) La représentativité et les actions de l'État

[251] La *Charte* protège contre les interventions attentatoires *de l'État* (art. 32). Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu'il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l'État. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien suffisant entre les actes de l'État et la restriction du droit, de sorte qu'il est possible d'affirmer que cette limite est le fait de l'État (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 73-78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 126 et 131-134). Il n'est pas nécessaire que l'action de l'État soit « l'unique ou la principale cause » de la restriction pourvu qu'il existe « un lien réel, et non hypothétique » entre la restriction reprochée et l'action de l'État (*Bedford*, par. 76). Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l'art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l'égard d'autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne. J'estime que ce critère convient dans la présente affaire.

[252] For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, an equality case under s. 15 of the *Charter*, Iacobucci J. explained that claimants must demonstrate that the state either "wholly caused, or contributed to", the adverse effects (pp. 764-65). More recently, in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, Abella J. took a similar approach to the causal link, stating that "[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory" (para. 332). Importantly, she also rejected an approach which would internally limit equality rights by looking at the reasonableness of state action, concluding that this was a matter best left for the justification analysis under s. 1 of the *Charter* (para. 333).

[253] A similar requirement of sufficient connection also underlies this Court's jurisprudence on the s. 11(*b*) *Charter* right to be tried within a reasonable time. In these cases, any action of the Crown which contributes to delay, including systemic problems, such as limits on institutional resources, will be weighed against the Crown: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at pp. 795-96. In other words, every delay which has a sufficient connection to state action will be taken into consideration when deciding whether the state has breached the accused's right to be tried within a reasonable time.

[254] A similar approach is also evident under provincial human rights legislation. In *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, an adverse effects discrimination case under British Columbia's *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, this Court stated that a *prima facie* breach exists when state action had the result of denying a student meaningful access to the mandated objectives of public education based on a protected ground (para. 36). Whether the claimant has

[252] Par exemple, dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, une affaire soulevant le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte*, le juge Iacobucci explique que les demandeurs doivent démontrer que les effets préjudiciables ont été « causés en totalité ou en partie » par l'État (p. 764-765). Plus récemment, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, la juge Abella adopte un critère similaire en matière de causalité et indique que « [l]es actes de l'État qui ont pour effet d'élargir, au lieu de rétrécir, l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » (par. 332). Fait important, elle rejette également une approche selon laquelle les droits à l'égalité seraient restreints par une limitation interne fondée sur le caractère raisonnable des actes étatiques, et conclut qu'il vaut mieux examiner cette question dans l'analyse relative à la justification que commande l'article premier de la *Charte* (par. 333).

[253] Une exigence semblable fondée sur l'existence d'un lien de causalité suffisant sous-tend la jurisprudence de la Cour sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*. Suivant ces affaires, les actes du ministère public qui contribuent à retarder l'instance, notamment les problèmes systémiques comme la pénurie de ressources institutionnelles, jouent contre lui (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 795-796). En d'autres termes, les lenteurs ayant un lien de causalité suffisant avec une action de l'État sont prises en compte dans l'analyse visant à déterminer si ce dernier a violé le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable.

[254] Une approche semblable ressort également des lois provinciales en matière de droits de la personne. Dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, une affaire de discrimination par suite d'effets préjudiciables fondée sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 210, la Cour affirme qu'il y a, à première vue, infraction si l'action de l'État a pour résultat de priver un élève de l'accès concret aux services découlant de la mission

established the necessary link between the state action and the limitation of a *Charter* right is essentially a question of fact.

[255] As I see it, the starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative in the sense that I have described. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action; in other words, is there a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state? In my view, in order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it.

[256] With respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between these two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so. As I see it, it is only in this sense that a "reasonable efforts" notion has a role to play in considering whether a sufficient connection to state action exists. The basic question is whether the claimant has established a sufficient connection between state action and the limitation of the right.

de l'éducation publique pour un motif protégé (par. 36). La question de savoir si le demandeur a établi l'existence du lien nécessaire entre l'action de l'État et la restriction du droit garanti par la *Charte* est essentiellement une question de fait.

[255] J'estime que le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative au sens que j'ai décrit. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État; en d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État? À mon avis, pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité à le régler.

[256] Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre les deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir. C'est, à mon sens, uniquement à cet égard que la notion d'« efforts raisonnables » peut jouer un rôle dans l'examen de la question de savoir s'il existe un lien suffisant avec l'action de l'État. La question fondamentale est celle de savoir si le demandeur a établi l'existence d'un lien suffisant entre l'action de l'État et la restriction du droit.

(6) The "Negative Prohibition" and "Unintentional Exclusion" Approaches Must Be Rejected

[257] In light of this analysis, I respectfully reject the Crown's submission that the right to a representative jury roll simply means that the state cannot improperly exclude groups from the jury roll. Similarly, I cannot accept my colleague Karakatsanis J.'s position that "the unintentional exclusion of a small community . . . does not undermine the representativeness of the jury roll" (para. 180). The premises underlying both propositions are inconsistent with basic *Charter* principles. The state is not only responsible for its purposeful conduct that limits rights but also for the unintended and undesired effects of its acts or omissions. Courts have always looked at the purpose *and* the effect of state action in order to determine its constitutionality: ". . . both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation" (*Big M Drug Mart*, at p. 331). In my view, accepting the proposition that a *Charter* breach occurs only if the state's conduct is intentional or otherwise improper would be a significant and unwelcome departure from this Court's *Charter* jurisprudence.

[258] Moreover, these "negative prohibition" and "unintentional exclusion" standards would do little to provide the accused with the jury he or she is entitled to in cases where there are systemic problems with the inclusion in the jury roll of certain groups in the judicial district where the accused is tried. It would mean that, as long as the state does not improperly or intentionally exclude a group such as Aboriginal on-reserve residents, it has no other obligation to provide a representative jury roll. This is not, in my view, consistent with the *Charter* right to a representative jury roll.

(6) L'approche « prohibitive » et celle de l'« exclusion involontaire » doivent être rejetées

[257] Compte tenu de l'analyse qui précède, je rejette l'argument du ministère public selon lequel le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l'État ne peut irrégulièrement exclure certains groupes de cette liste. De même, je ne peux souscrire à l'opinion de ma collègue, la juge Karakatsanis, selon laquelle « l'exclusion involontaire d'une petite collectivité [. . .] ne mine pas la représentativité de la liste des jurés » (par. 180). Les fondements sur lesquels reposent les deux propositions ne cadrent pas avec les principes fondamentaux de la *Charte*. L'État est non seulement responsable de sa conduite attentatoire délibérée, mais aussi des effets involontaires et non souhaitables de ses actions ou omissions. Les tribunaux ont toujours analysé *et* l'objet *et* l'effet de l'action étatique pour en déterminer la constitutionnalité : « . . . l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide » (*Big M Drug Mart*, p. 331). À mon avis, en acceptant qu'une violation de la *Charte* ne puisse découler que d'un acte intentionnel ou fautif de la part de l'État, on déroge grandement et à mauvais droit à la jurisprudence de la Cour.

[258] Qui plus est, la norme « prohibitive » et celle de l'« exclusion involontaire » font peu pour assurer à l'accusé le jury auquel il a droit dans les cas où l'inscription de certains groupes à la liste des jurés dans le district judiciaire où l'accusé subit son procès présente des problèmes systémiques. Il en résulterait que, pourvu qu'il n'exclue pas irrégulièrement ou intentionnellement un groupe — par exemple, les résidents autochtones de réserves —, l'État n'aurait à s'acquitter d'aucune autre obligation quand il s'agit de fournir une liste des jurés représentative. J'estime que cette approche n'est pas conforme au droit garanti par la *Charte* à une liste des jurés représentative.

B. *Was There a Breach of That Right in Mr. Kokopenace's Case?*

(1) Was the Jury Roll Representative?

[259] The first question, as I see it, is whether the jury roll assembled for use in this case met the standard of representativeness required by the *Charter*. This case does not require us to pronounce comprehensively on what constitutes a sufficiently representative jury roll. This case concerns a situation in which, by anyone's reckoning, the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce. In the particular and exceptional facts of this case, we know this because (i) on-reserve residents are overwhelmingly Aboriginal people; (ii) on-reserve residents constitute about 30 percent of the adult population of the judicial district; and (iii) on-reserve residents constitute about 4 percent of the jury roll. Thus we have a substantially different jury roll than would be produced by a proper process of random selection because of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. If that does not constitute a failure to assemble a representative jury roll, I have difficulty understanding what would.

(2) Is the Lack of Representativeness Attributable to State Action?

[260] The more challenging question is whether the lack of representativeness is sufficiently linked to state action or inaction. What is required is not a strict causal connection but rather a sufficient connection, as outlined earlier.

[261] There were four matters that potentially contributed to the jury roll's lack of representativeness and I will consider each in turn.

[262] We should remember that the Ontario Court of Appeal was the court of first instance on the issue of representativeness. In these circumstances, the factual findings of the majority of the Court of

B. *Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?*

(1) La liste des jurés était-elle représentative?

[259] La première question qui se pose, à mon avis, est de savoir si la liste des jurés préparée en l'espèce répondait à la norme de représentativité exigée par la *Charte*. Point n'est besoin de se prononcer sur les caractéristiques d'une liste des jurés suffisamment représentative. En l'espèce, quiconque évaluerait la situation conviendrait que la liste ne l'était pas, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Les faits particuliers et exceptionnels de l'espèce permettent de tirer ce constat pour les raisons suivantes : (i) les résidents de réserves sont en très grande majorité autochtones; (ii) les résidents de réserves constituent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire; (iii) les résidents des réserves constituent environ 4 p. 100 des noms figurant sur la liste des jurés. Par conséquent, la liste des jurés diffère nettement de celle qui aurait résulté d'un processus de sélection aléatoire en bonne et due forme, car les résidents autochtones de réserves y sont sous-représentés. S'il ne s'agit pas là du défaut de produire une liste des jurés représentative, j'ai du mal à imaginer ce qui pourrait l'être.

(2) La non-représentativité est-elle attribuable à une action de l'État?

[260] Il est plus difficile de déterminer si la non-représentativité est suffisamment liée à une action ou à une omission de l'État. Il faut démontrer non pas un lien de causalité strict, mais plutôt un lien suffisant comme je l'explique précédemment.

[261] Quatre problèmes ont peut-être contribué à la non-représentativité de la liste des jurés et je les examinerai à tour de rôle.

[262] Il ne faut pas oublier que la Cour d'appel de l'Ontario était le tribunal de première instance relativement à la question de la représentativité. Ainsi, les conclusions de fait des juges majoritaires

Appeal, like those of a court of first instance, are entitled to deference: *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34, at para. 2; *Yumnu*, at para. 17; *Davey*, at paras. 64-65. It follows that this Court "may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn . . . unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable": *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at para. 9; see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 19 and 21-25; *Bedford*, at paras. 48-56.

(a) *The Lists of Aboriginal On-Reserve Residents*

[263] There were a number of concerns with the lists of on-reserve residents from which names were selected at random to receive jury notices and questionnaires. While Goudge J.A. was of the view that these problems, on their own, would not sufficiently undermine representativeness, he shared the view of LaForme J.A. in relation to the nature of the problems.

[264] The lists, of course, are not required to be perfect. But they are required to be substantially representative of the community in the district because these lists are the foundation that allows randomness to be a proxy for representativeness. The degree of representativeness is assessed in accordance with the goal of using random selection as a proxy for representativeness. The lists will be defective if they are significantly different than a random selection of potentially eligible jurors in the district.

[265] In the fall of 2007, there were no lists at all for four First Nations in the district and out-of-date lists for 32 First Nations. These out-of-date lists were the 2000 band lists provided by the federal government for the last time in that year. As LaForme J.A. concluded, these lists included only persons 18 years of age or over, and therefore became increasingly inaccurate with the passage of time. This, he noted, was a special problem for populations residing on reserves, which are generally disproportionately young. There were more current

de la Cour d'appel, tout comme celles d'un tribunal de première instance, commandent la déférence (*R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34, par. 2; *Yumnu*, par. 17; *Davey*, par. 64-65). Il s'ensuit que les juges de notre Cour « ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait [. . .] à moins qu'elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables » (*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, par. 9; voir également *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 19 et 21-25; *Bedford*, par. 48-56).

a) *Les registres des résidents autochtones de réserves*

[263] Les registres des résidents des réserves ayant servi à la sélection aléatoire des personnes à qui ont été envoyés les avis de sélection de juré et les formules de rapport posaient problème. Si le juge Goudge était d'avis que ces problèmes ne compromettraient pas à eux seuls la représentativité, il partageait l'opinion du juge LaForme quant à leur nature.

[264] Point n'est besoin que les registres soient parfaits. Ils doivent être toutefois essentiellement représentatifs de la population du district, car c'est sur leur fondement que la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Le degré de représentativité s'évalue en fonction de l'objectif selon lequel le recours à la sélection aléatoire devient l'instrument de la représentativité. Les registres seront viciés s'ils diffèrent nettement du résultat auquel on arriverait si on sélectionnait au hasard des personnes habiles à être jurés dans le district.

[265] À l'automne 2007 dans le district, aucun registre n'avait été établi à l'égard de quatre Premières Nations, et les registres de 32 autres étaient périmés. Ces derniers dataient de l'an 2000, la dernière année où le gouvernement fédéral avait fourni des registres des bandes. Ainsi que l'a conclu le juge LaForme, seules les personnes âgées de 18 ans et plus à l'époque y figuraient. Par conséquent, la fiabilité de ces registres diminuait chaque année depuis 2000. Cette situation, a-t-il souligné, posait un problème particulier, car en général la population

lists available for the remaining 10 First Nations, but they too were defective. The lists used for several of the reserves included off-reserve band members even though the s. 6(8) process is supposed to reach only potential jurors on reserves.

[266] Compiling these lists is quintessentially a state function. It is a core state function to know how many inhabitants it has and where they live. Moreover, under provincial legislation — the *Juries Act* — the sheriff has a duty to obtain lists of on-reserve residents as otherwise they would be completely excluded from the jury roll. I therefore think that the "reasonable efforts" approach is not relevant here. While the state does not have to prepare perfect lists, the lists must be broad-based and substantially representative of the district. The accused does not have to show that the defective lists, on their own, were the only or even a substantial cause of the lack of representativeness in this jury roll. Because it applied the "reasonable efforts" approach, the Court of Appeal did not address the issue of a sufficient connection between state action and the lack of representativeness. In my view, the accused here has shown a sufficient connection because the inadequacy of the lists inevitably contributed in some degree to the lack of representativeness of the jury.

[267] The Crown argues, in effect, that the defective lists had no impact on representativeness in this case. The problems with this assertion are that (i) it is based on a conception of representativeness that is restricted to improper exclusion, and (ii) it assumes the lists have to be the only cause in order to conclude that they are linked to the lack of representativeness. When applying the proper standard of sufficient connection, the Crown's argument fails. The many inaccuracies in the outdated lists as well as the complete omission of four Aboriginal reserves had more than a theoretical or speculative connection with jury representativeness.

des réserves est disproportionnellement jeune. Des registres plus à jour existaient pour les 10 autres Premières Nations, mais ceux-ci comportaient également leur lot de problèmes. Les registres utilisés pour plusieurs réserves comportaient le nom de membres vivant hors réserve même si la procédure prévue au par. 6(8) est censée recruter uniquement des candidats jurés habitant une réserve.

[266] La préparation de ces registres ressortit essentiellement à l'État. Dénombrer ses habitants et connaître leur adresse constitue l'une de ses fonctions fondamentales. De plus, aux termes de la loi provinciale — la *Loi sur les jurys* —, le shérif est tenu d'obtenir les registres des résidents de réserves, à défaut de quoi ceux-ci seraient totalement exclus de la liste des jurés. J'estime, en conséquence, que l'approche fondée sur les « efforts raisonnables » ne s'applique pas en l'espèce. Certes, point n'est besoin pour l'État de préparer des registres parfaits, mais ceux-ci doivent résulter d'un vaste échantillonnage et être sensiblement représentatifs du district. Il n'incombe pas à l'inculpé de prouver que les registres lacunaires étaient la cause unique ou substantielle de la non-représentativité de la liste des jurés. Comme elle avait adopté l'approche fondée sur les « efforts raisonnables », la Cour d'appel n'a pas abordé la question du lien suffisant entre l'action de l'État et la non-représentativité. À mon avis, l'accusé en l'espèce a démontré l'existence d'un lien suffisant parce que les registres lacunaires ont inévitablement contribué dans une certaine mesure à la non-représentativité du jury.

[267] En fait, le ministère public soutient que les registres lacunaires n'ont eu aucune incidence sur la représentativité en l'espèce. Les défauts de cette affirmation sont les suivants : (i) elle est fondée sur une conception de la non-représentativité qui est limitée à l'exclusion irrégulière et (ii) elle implique, pour qu'il y ait non-représentativité, que les registres en soient l'unique cause. Si on applique la bonne norme, celle du lien suffisant, l'argument du ministère public échoue. Les nombreuses inexactitudes contenues dans les registres périmés ainsi que l'absence totale de quatre réserves autochtones avaient un lien plus que théorique ou conjectural avec la représentativité du jury.

(b) *The Delivery of the Jury Notices and Questionnaires*

[268] My colleague Moldaver J. concludes that the state has a duty to make reasonable efforts to deliver the jury notices, but concludes that such efforts — which he characterizes as an "aggressive approach" — were made (para. 121). My colleague's conclusion, however, is contrary to the factual findings of the majority of the Court of Appeal which are entitled to deference.

[269] Goudge J.A. found that the delivery of the jury notices and questionnaires was a significant problem. LaForme J.A. also noted that the state's failure to evaluate the number of notices and questionnaires returned "undelivered", along with the response rate, "blinded [the state] to evidence of what was actually occurring" (para. 89). It seems to me that the delivery of notices and questionnaires to prospective jurors is also quintessentially a state responsibility. I cannot think of who else's responsibility it would be. And once again, complete success is not required. What is required is sufficient delivery that ensures that the randomness of the sample is not undermined by defective delivery. That standard was not met here.

[270] In 2008, nearly 28 percent of the notices mailed to on-reserve residents in the District of Kenora were returned by the post office undelivered. This compares with an overall provincial rate of under 6 percent for the same year. Goudge J.A. found that the delivery rates were "markedly worse" for Aboriginal on-reserve residents and that notices to those persons were "significantly less likely to be delivered" (para. 258). He also found that the government's response to this challenge was "inattention" and "inaction" and that over the years, including for the 2008 jury roll, "virtually nothing was done" to determine the causes of this problem or to formulate potential solutions (paras. 260-62). He concluded that none of the state's efforts from 2001 to 2008 addressed the delivery problem. I see no reason to question Goudge J.A.'s finding that "[t]he delivery problem therefore presented a challenge that the state had to address" (para. 258 (emphasis added)). To the same effect, LaForme J.A.

b) *La distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport*

[268] Mon collègue, le juge Moldaver, est d'avis que l'État a l'obligation de faire des efforts raisonnables pour distribuer les avis de sélection de juré et conclut qu'il s'en est acquitté en l'occurrence en s'attaquant « à ces problèmes avec énergie » (par. 121). Or, l'avis de mon collègue est contraire aux conclusions de fait des juges majoritaires de la Cour d'appel, qui commandent la déférence.

[269] Selon le juge Goudge, la distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport posait un problème important. Le juge LaForme a également souligné qu'en omettant de quantifier les avis retournés avec la mention « non distribuable » et de calculer le taux de réponse, [TRADUCTION] « [l'État] a fermé les yeux sur ce qui se passait réellement » (par. 89). Il me semble que la distribution des avis et formules de rapport aux candidats jurés ressortit également essentiellement à l'État. J'imagine difficilement à qui d'autre cette responsabilité pourrait incomber. Et, je le répète, la perfection n'est pas exigée; ce qu'il faut, c'est une distribution adéquate qui garantit que le caractère aléatoire de l'échantillon n'est pas compromis. Il n'a pas été satisfait à cette norme en l'espèce.

[270] En 2008, près de 28 p. 100 des avis envoyés aux résidents de réserves dans le district de Kenora ont été retournés à l'expéditeur par le bureau de poste parce qu'ils étaient non distribuables. En comparaison, le taux global pour la province s'établissait à moins de 6 p. 100 pour la même année. Le juge Goudge a conclu que le taux de distribution était [TRADUCTION] « bien pire » pour les résidents autochtones de réserves et que les avis destinés à ces personnes étaient « beaucoup moins susceptibles d'être distribués » (par. 258). Il a également conclu que l'État avait réagi à cette difficulté par un « manque de vigilance » et « l'inaction » et qu'au fil des ans, y compris lorsqu'est venu le temps de préparer la liste des jurés de 2008, « rien pour ainsi dire n'avait été fait » pour arrêter les causes de ce problème ou pour y trouver des solutions (par. 260-262). Il a conclu qu'aucune mesure prise par l'État entre 2001 et 2008 ne s'attaquait au problème de distribution. Je ne vois aucune raison de mettre en

concluded that despite the state being well aware of the low response rate (to which, of course, non-delivery contributes) "[its] causes were never investigated so that different modalities of engagement could be undertaken" (para. 208).

[271] I conclude that the state is responsible for defective delivery and that there is a sufficient connection between defective delivery and lack of representativeness.

(c) *The Return Rates of Aboriginal On-Reserve Residents*

[272] The third problem related to rates of return of the jury questionnaires. This problem seems to me to raise a distinct sort of issue in relation to whether it is sufficiently linked to state action.

[273] The return of the jury questionnaires requires the individuals to complete and mail back the forms that they have received. While the state has some capacity to address this matter, the low rate of returns cannot be attributed solely to the state. Individuals also have a responsibility to comply with their legal obligation to respond to the notices. It follows that in assessing the connection between state action and the lack of representativeness in relation to the return rate, we must take into account "the practical limits of the system of justice": *Find*, at para. 28, citing *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193. As I have explained above, in this context, the reasonable efforts approach of the Court of Appeal is useful, not in defining the constitutional standard, but as a factor in assessing whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action or inaction. If the state has taken all reasonable steps in relation to matters which it has the capacity to address, judged in light of all of the circumstances, it cannot be held responsible for the unsuccessful result.

doute la conclusion du juge Goudge selon laquelle « [l]e problème de distribution en était un auquel l'État devait s'attaquer » (par. 258 (je souligne)). Le juge LaForme est arrivé à une conclusion semblable, soit que même si l'État était bien conscient du faible taux de réponse (qui tient compte évidemment des avis non distribués), « [ses] causes n'ont jamais été analysées pour que d'autres modes de mobilisation puissent être adoptés » (par. 208).

[271] Je conclus que l'État est responsable de la distribution inadéquate et qu'il existe un lien suffisant entre cette distribution inadéquate et la non-représentativité.

c) *Le taux de réponse des résidents autochtones de réserves*

[272] Le troisième problème concerne le taux de renvoi des formules de rapport. Il soulève à mon avis une tout autre question dans l'analyse de l'existence d'un lien suffisant avec une action de l'État.

[273] Les destinataires des avis doivent remplir les formules et les retourner par la poste. Bien que l'État ait un rôle à jouer à cette étape, le faible taux de réponse ne peut lui être reproché exclusivement. Les particuliers doivent pour leur part s'acquitter de leur obligation légale, qui consiste à répondre à l'avis. Il s'ensuit que, pour évaluer le lien entre l'action de l'État et la non-représentativité, quant au taux de réponse, il faut tenir compte « des limites pratiques du système de justice » (*Find*, par. 28, citant *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). Comme je l'explique précédemment, dans le présent contexte, l'approche de la Cour d'appel fondée sur les efforts raisonnables est utile, non pas pour définir la norme constitutionnelle, mais parce qu'elle permet d'établir l'existence ou l'inexistence d'un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action ou l'omission de l'État. Si l'État a pris toutes les mesures jugées raisonnables à la lumière de l'ensemble des circonstances pour régler les problèmes à l'égard desquels il est en mesure d'agir, il ne saurait être tenu responsable de l'échec de ces mesures.

[274] This does not mean that the state can simply wash its hands of the problem. As Goudge J.A. put it, the state's obligation extends beyond compiling lists and sending out notices; it also includes encouraging responses to them. The Ministry's own policy underlines the importance of monitoring return rates, stating that evaluating this aspect "is of extreme importance to the management of our jury system": LaForme J.A., at para. 88, citing PDB #563, 1996 Ministry of the Attorney General policy directive.

[275] It follows that I respectfully disagree with the contention of the Crown and the views of my colleague Moldaver J. that there is little responsibility on the state in relation to returns. The Crown argues that the province's efforts to address the low return rates were reasonable but failed to solve the problem because "the factors contributing to the low response rates are varied, complex, and reach beyond the immediate control of the state": A.F., at para. 78. My colleague Moldaver J. agrees and would hold that the state "was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process" (para. 95). Therefore, as long as the state has provided a "fair opportunity for a broad cross-section of society to participate" (para. 2), it has fulfilled its constitutional obligation.

[276] In my respectful opinion, these views do not give sufficient weight to the accused's *Charter* rights. We are concerned here with the right of an accused to a representative jury roll and with the state's obligation to provide one. Even with respect to matters not fully under the state's control, state responsibility is engaged when it fails to take reasonable steps to overcome the factors contributing to the lack of representativeness. The majority of the Court of Appeal found that those reasonable steps were not taken.

[274] Il ne s'ensuit pas pour autant que l'État peut simplement s'en laver les mains. Comme l'a dit le juge Goudge, l'obligation de l'État ne s'arrête pas à la préparation des registres et à la distribution des avis; il lui incombe également d'encourager les destinataires à y répondre. La politique même du Ministère souligne à quel point il importe de suivre de près le taux de réponse : l'évaluation de cet aspect précise-t-elle [TRADUCTION] « est extrêmement importante pour la gestion de notre système du jury » (le juge LaForme, par. 88, citant la note de service PDB nº 563, Directive d'orientation du ministère du Procureur général, 1996).

[275] Par conséquent, je ne puis malheureusement souscrire à la prétention du ministère public et à l'opinion de mon collègue, le juge Moldaver, que la responsabilité de l'État à l'égard du taux de réponse est minime. Selon le ministère public, les efforts que la province a déployés à cet égard étaient raisonnables, mais ils n'ont pu régler le problème parce que [TRADUCTION] « les causes du faible taux de réponse sont multiples, complexes et dépassent la sphère de contrôle immédiate de l'État » (m.a., par. 78). Mon collègue, le juge Moldaver, partage ce point de vue et est d'avis que l'État « n'était pas [. . .] obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés » (par. 95). Par conséquent, pourvu que l'État ait donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer » (par. 2), il a respecté son obligation constitutionnelle.

[276] À mon humble avis, ces points de vue n'accordent pas suffisamment d'importance aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Il est question en l'espèce du droit de l'accusé à une liste des jurés représentative et de l'obligation de l'État de lui en fournir une. L'État engage sa responsabilité, même à l'égard des aspects qui dépassent sa sphère de contrôle, lorsqu'il ne prend pas des mesures raisonnables visant à contrer les facteurs qui contribuent à la non-représentativité. Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, de telles mesures n'avaient pas été prises.

[277] The facts in relation to the return rate problem are canvassed comprehensively in the reasons of LaForme J.A. and I need not repeat all of the detail that he provides. Those facts abundantly support the conclusion that, as Goudge J.A. put it, "[b]y 2008, therefore, the comparatively low rate of return from Aboriginal on-reserve residents had been well known by the state for a number of years as a significant contributing cause of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll for the Kenora District" (para. 249). Goudge J.A. also found that "[o]ff-reserve [return] rates were typically four or five times higher than for on-reserve residents. . . . [T]he state knew of this discrepancy for a number of years. Its impact on the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll is obvious" (para. 263). I cannot improve on the way Goudge J.A. summed up his assessment of the state's efforts:

> . . . the state left the serious challenge of low response rates with a junior employee. Through her, the state response, repeated year after year up to and including the 2008 jury roll, can only be described as a failure. No attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses.
>
> I do not think that a failed response, coupled with a failure to explore other steps the state might have taken to help, can be said to constitute the reasonable efforts required of the state to address this problem . . . . The challenge of low response rates was serious. It required more from the state. [paras. 275-76]

[278] I conclude that the low response rate was attributable in part to the state's lack of reasonable efforts to address it and that the response rate is sufficiently connected to the lack of representativeness.

[277] Le juge LaForme présente en long et en large les faits qui concernent le problème du taux de réponse et il n'y a pas lieu d'en reprendre tous les détails. Ces faits étayent amplement la conclusion selon laquelle, pour reprendre les termes employés par le juge Goudge, [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, en 2008, l'État savait bien, depuis quelques années, que le faible taux de réponse des résidents autochtones de réserves contribuait de manière importante à leur sous-représentation dans la liste des jurés annuelle dans le district de Kenora » (par. 249). Le juge Goudge a également conclu que « [l]e taux [de réponse] hors réserve était généralement quatre ou cinq fois plus élevé que le taux pour les résidents des réserves. [. . .] [L]'État était au courant de cet écart depuis quelques années. L'incidence de cette réalité sur la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste annuelle des jurés est évidente » (par. 263). Le juge Goudge a si bien résumé ce qu'il pensait des efforts de l'État que je ne saurais faire mieux :

> [TRADUCTION] . . . l'État a délégué le grave problème du faible taux de réponse à une employée subalterne. Le procédé appliqué par cette dernière, au nom de l'État, d'année en année jusqu'en 2008 pour l'établissement de la liste des jurés n'est rien de moins qu'un échec. Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d'autres incitatifs possibles que l'État pourrait mettre en place.
>
> J'estime qu'une stratégie inefficace conjuguée à l'absence d'autres mesures que l'État aurait pu prendre pour améliorer la situation ne sauraient équivaloir aux efforts raisonnables que l'État doit déployer pour remédier à ce problème [. . .] Le faible taux de réponse constituait un grave problème qui exigeait davantage de la part de l'État. [par. 275-276]

[278] Je conclus que le faible taux de réponse était en partie attribuable à l'absence d'efforts raisonnables par l'État pour y remédier et qu'il existe un lien suffisant entre le taux de réponse et la non-représentativité.

(d) *The Estrangement of Aboriginal Peoples From the Canadian Criminal Justice System*

[279] Finally we come to broader, systemic factors that undoubtedly contribute to the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls. There is no doubt that underlying all of the facts and numbers about lists, deliveries and return rates, much broader factors are in play. These include the dissonance between traditional Aboriginal approaches to conflict resolution and the approaches of the criminal justice system, the historic discrimination in that system experienced by Aboriginal peoples and their lack of understanding of the system: C.A. reasons, at para. 272, per Goudge J.A.; Iacobucci Report, at paras. 209-30.

[280] As the Iacobucci Report states, "the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history" (para. 209). Despite the fact that this is perhaps the most important factor responsible for the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls, until very recently there have been no concerted efforts to engage with Aboriginal leaders in order to determine the cause of the problem and what the state could do.

[281] The Crown would have us ignore these considerations because the *Charter* right to a representative jury roll is not an appropriate tool to address them. My colleague Moldaver J. agrees. Again, my colleague believes that the state is not required to address systemic problems contributing to the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system in order to achieve its representativeness obligation. These views, as I see it, overlook the state's responsibility for these factors and thus its responsibility to make reasonable efforts to address them. Having played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them in the context of complying

d) *La marginalisation des peuples autochtones dans le système de justice pénale au Canada*

[279] Nous examinons enfin les grands facteurs systémiques qui contribuent sans l'ombre d'un doute à la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés. Il est indubitable que derrière tous ces faits et tous ces chiffres concernant les registres, la distribution et les taux de réponse jouent des facteurs fondamentaux, dont l'opposition entre les principes traditionnels autochtones de règlement des conflits et ceux du système de justice pénale, la discrimination de longue date envers les peuples autochtones dans ce système et une connaissance insuffisante du système (motifs de la C.A., par. 272, le juge Goudge; rapport Iacobucci, par. 209-230).

[280] Ainsi que l'indique le juge Iacobucci dans son rapport : « [L]e principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l'influence négative que le système de justice pénale a eu sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire » (par. 209). Même s'il s'agit peut-être du plus important facteur de sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés, jusqu'à tout récemment l'État n'avait pas déployé d'efforts concertés pour déterminer avec les chefs autochtones la cause du problème et le rôle que l'État pourrait jouer dans sa résolution.

[281] Le ministère public nous invite à faire fi de ces considérations parce qu'invoquer le droit à une liste des jurés représentative garanti par la *Charte* n'est pas le bon moyen de remédier à la situation. Mon collègue, le juge Moldaver, est de cet avis. Il estime que l'État n'est pas tenu de s'attaquer aux problèmes systémiques qui contribuent à la marginalisation des peuples autochtones au sein du système de justice pénale pour respecter son obligation relative à la représentativité. À mon sens, ces points de vue font abstraction de la responsabilité de l'État à l'égard de ces facteurs et, du coup, de sa responsabilité de déployer des efforts raisonnables pour régler la situation. Vu son rôle important dans la

with an accused's constitutional right to a representative jury roll.

[282] We must first be clear what the phrase "systemic problems" in this context refers to. It is a euphemism for, among other things, racial discrimination and Aboriginal alienation from the justice system. In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *Williams*, this Court recognized the problem of systemic bias and discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system.

[283] This Court in *Gladue* accepted the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples and of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba to the effect that the criminal justice system in Canada has failed to take account of the "substantially different cultural values and experiences of aboriginal people" (paras. 62-63). In *Williams*, this Court accepted that there is widespread bias against Aboriginal people and noted that there is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system (para. 58). Moreover, as LaForme J.A. observed, *Gladue* and *Williams* recognized that the overrepresentation of Aboriginal people as accused was "only the tip of the iceberg in terms of the ways in which the criminal justice system was failing Aboriginal peoples. The under-representation of Aboriginal people on the jury roll illustrates another part of the same iceberg, sharing the same root causes: a relationship marked by tensions originating in the colonial era" (para. 144).

[284] To ignore racial discrimination against Aboriginal people in the context of assembling a jury roll would be in marked contrast to the approach that this Court has taken to racial discrimination against Aboriginal people in relation to sentencing Aboriginal offenders. In *Gladue*, for example, the

création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier lorsqu'il est appelé à respecter le droit constitutionnel d'un accusé à une liste des jurés représentative.

[282] D'abord et avant tout, que veut dire l'expression « problèmes systémiques » dans le présent contexte? C'est un euphémisme qui désigne notamment la discrimination raciale et la marginalisation des Autochtones dans le système de justice. Dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *Williams*, la Cour a reconnu l'existence d'un problème de préjugés et de discrimination systémiques contre les Autochtones ayant des démêlés avec la justice.

[283] La Cour dans l'arrêt *Gladue* fait siennes les conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones et de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba selon lesquelles le système de justice pénale au Canada ne tient pas compte des « valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones » (par. 62-63). Dans l'arrêt *Williams*, la Cour reconnaît l'existence de préjugés largement répandus contre les Autochtones et, selon elle, la preuve révèle que ce racisme s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale (par. 58). En outre, comme le juge LaForme l'a fait observer, la Cour dans ces deux arrêts reconnaît que la surreprésentation des Autochtones sur le banc des accusés [TRADUCTION] « n'est que la partie émergée de l'iceberg que représente l'ensemble des ratés du système de justice pénale à l'égard des peuples autochtones. La sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés équivaut à une autre partie de cet iceberg, qui découle des mêmes causes fondamentales : une relation mise à mal par des tensions qui remontent à l'ère coloniale » (par. 144).

[284] Faire fi de la discrimination raciale des Autochtones lorsqu'il s'agit de préparer les listes des jurés trancherait nettement avec l'approche de la Cour à l'égard de la discrimination raciale contre ces peuples lorsqu'il s'agit de déterminer la peine des délinquants autochtones. Par exemple, dans l'arrêt

overrepresentation of Aboriginal people in correctional institutions was recognized to be a "sad and pressing social problem" which sentencing innovation, on its own, could not address: para. 64; see also paras. 58 and 65. The Court nonetheless stressed the importance of following Parliament's direction to take the circumstances of Aboriginal offenders into account. In *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the Court directly addressed the contention that sentencing is not an appropriate means of addressing overrepresentation (para. 64). The Court flatly rejected this stance, citing the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba:

> Despite the magnitude of the problems, there is much the justice system can do to assist in reducing the degree to which Aboriginal people come into conflict with the law. It can reduce the ways in which it discriminates against Aboriginal people and the ways in which it adds to Aboriginal alienation. [para. 69]

(Citing *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 111.)

The Court concluded that "[t]he sentencing process is . . . an appropriate forum for addressing Aboriginal overrepresentation in Canada's prisons" (para. 70).

[285] In the same way, in my respectful view, the assembly of representative jury rolls — a constitutional duty — is an appropriate forum to address racial discrimination against Aboriginal people and Aboriginal alienation from the justice system. While there are, as in the case of Aboriginal overrepresentation in correctional institutions, many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* provides a basis for action, not an excuse for turning a blind eye.

Gladue, la Cour reconnaît que la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels constitue un « problème social attristant et urgent » que des pratiques innovatrices en matière de détermination de la peine ne peuvent régler à elles seules (par. 64; voir également par. 58 et 65). La Cour souligne néanmoins qu'il importe de tenir compte de la situation des délinquants autochtones, comme le veut le législateur. Dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, la Cour répond directement à l'argument voulant que la détermination de la peine ne soit pas un moyen valable de lutte contre la surreprésentation (par. 64). La Cour rejette catégoriquement cette position, citant l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba :

> [TRADUCTION] Malgré l'ampleur des problèmes, le système de justice peut contribuer de beaucoup à la réduction de la délinquance chez les Autochtones. Il peut réduire les formes de discrimination qu'il opère à l'encontre des Autochtones et les façons dont il accroît leur aliénation. [par. 69]

(Citant le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 111.)

La Cour conclut que « [l]e processus de détermination de la peine offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes » (par. 70).

[285] De même, à mon humble avis, la préparation d'une liste des jurés représentative — une obligation constitutionnelle — offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la discrimination raciale contre les Autochtones et de la marginalisation de ces derniers dans le système de justice. Certes, comme dans le cas de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels, des causes profondes contribuent à leur sous-représentation dans les listes des jurés. Or la *Charte* sert de tremplin, pas de prétexte pour faire la sourde oreille.

[286] In my view, the state has contributed to these broadly systemic problems and, failing reasonable efforts to overcome them in the context of jury under-representation, the state action or inaction is sufficiently linked to the under-representativeness of the jury roll in respect of Aboriginal people. There is no doubt that this is the case here. LaForme J.A. concluded that "[t]here is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system and the administration of justice . . . in its approach to the jury representation problem" (para. 210). Similarly, Goudge J.A. concluded that "the fundamental estrangement of Aboriginal people from the justice system is a relevant consideration. . . . The need to address this estrangement simply enhances the importance of the state's efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with the opportunity to be included in the annual jury roll" (para. 241). He noted, as well, that "[n]o attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses" (para. 275).

[286] J'estime que l'État a contribué à ces problèmes largement systémiques et, en ne déployant pas des efforts raisonnables pour les régler dans le contexte de la sous-représentation au sein des jurys, son action ou omission présente un lien suffisant à la sous-représentativité de la liste des jurés en ce qui a trait aux Autochtones. Il ne fait aucun doute que c'est le cas en l'espèce. Le juge LaForme a conclu que [TRADUCTION] « [r]ien ne prouve que l'État a tenu compte de l'importante marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale et l'administration de la justice [. . .] dans sa réponse au problème de la représentation au sein des jurys » (par. 210). De même, le juge Goudge a indiqué que [TRADUCTION] « la marginalisation fondamentale des Autochtones dans le système de justice est un facteur pertinent. [. . .] La nécessité de lutter contre cette marginalisation fait simplement ressortir l'importance des efforts que l'État doit fournir afin de donner aux résidents autochtones de réserves la possibilité de figurer sur la liste annuelle des jurés » (par. 241). Il a également fait la remarque suivante : « Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d'autres incitatifs possibles à mettre en place » (par. 275).

(e) *Conclusion on the State's Responsibility*

e) *Conclusion sur la responsabilité de l'État*

[287] To conclude on this point: of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two (the lists and delivery) were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two (the poor return rate and Aboriginal disengagement) were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. The majority in the Court of Appeal also found that, prior to 2008, additional steps could and should have been taken to address the under-representation issue if proper attention had been paid to the problem and appropriate steps taken to investigate in a timely way. I see no basis upon which we could interfere with these findings on appeal.

[287] Pour conclure, parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux (les registres et la distribution) incombaient à l'État, et il était en son pouvoir de s'en acquitter. Les deux autres (le faible taux de réponse et la marginalisation des Autochtones) étaient des problèmes auxquels l'État pouvait remédier en partie, mais il n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour ce faire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont aussi conclu qu'avant 2008, l'État aurait pu et aurait dû prendre d'autres mesures pour s'attaquer au problème de la sous-représentation s'il y avait prêté l'attention voulue en temps opportun. Rien ne justifie de modifier ces conclusions en appel.

[288] For these reasons, I cannot accept the view of my colleague Moldaver J. that the majority of the

[288] Pour ces motifs, je ne puis souscrire au point de vue de mon collègue le juge Moldaver

Court of Appeal engaged in "hindsight" reasoning. The reasons of both LaForme and Goudge JJ.A. meticulously record their assessment of the evidence about what the state knew or ought to have known at the relevant times. It is not open to us to choose to read the record differently than they did.

[289] I am not suggesting that the state will fail in its representativeness obligation until the day that Aboriginal estrangement from the criminal justice system has completely disappeared. But the intractable dimensions and complexity of the problem do not provide an excuse for the state's failure to make appropriate efforts in the context of complying with the constitutional obligation to provide for a representative jury roll.

[290] I conclude that there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused's right to a representative jury roll as guaranteed under ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*.

C. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[291] Section 24(1) of the *Charter* grants courts a wide discretion to craft remedies that are "appropriate and just . . . in the circumstances": see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 55-57; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 30-33. In approaching the exercise of the remedial discretion exercised by the majority of the Court of Appeal, we may only intervene if it misdirected itself on the law or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 48; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

selon lequel les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont livrés à un examen « rétrospectif ». Les motifs des juges LaForme et Goudge relatent méticuleusement leur appréciation de la preuve quant à ce que l'État savait ou aurait dû savoir à l'époque. Il ne nous est pas loisible d'y substituer notre propre interprétation.

[289] Je ne dis pas que l'État ne pourra pas s'acquitter de son obligation quant à la représentativité tant que la marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale ne sera pas complètement éliminée. Cependant, l'ampleur et la complexité inouïes du problème ne sauraient servir de prétexte à l'État pour refuser de déployer des efforts adéquats lorsqu'il s'agit de respecter l'obligation constitutionnelle de fournir une liste des jurés représentative.

[290] J'estime qu'il existe un lien suffisant entre l'action et l'omission de l'État d'une part et la non-représentativité de la liste des jurés d'autre part pour conclure que l'État a porté atteinte au droit de l'accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*.

C. *Quelle réparation convient-il d'accorder?*

[291] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* accorde au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation qu'il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » (voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55-57; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30-33). Dans l'examen du pouvoir discrétionnaire en matière de réparation exercé par les juges majoritaires de la Cour d'appel, il nous est permis d'intervenir uniquement s'ils se sont fondés sur des considérations erronées en droit ou si leur décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 48; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48).

[292] Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. If the breach is raised at the time of jury selection, an order directing that a new roll be prepared may be the appropriate remedy. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all of the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice.

[293] In this case, for three reasons, I conclude that the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion to order a new trial. In all of the circumstances here, the failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice. In my view, courts have traditionally been slow to excuse serious problems in jury selection as mere technicalities and we should not do so here; the failure of the state here resulted in a drastic under-representation on the basis of race; and, finally, the accused person shares the race of those excluded from appropriate representation on the jury roll.

(1) A Properly Constituted Jury Is Not a Technicality

[294] A properly constituted jury is the foundation of a fair trial and of a trial that will enhance the respect in the community for the administration of justice. For this reason, the courts have repeatedly been very reluctant to dismiss errors in the jury selection process as mere "technicalities". For example, in the old case of *Morin v. The Queen* (1890),

[292] Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si l'atteinte est invoquée au moment de la sélection du jury, la réparation convenable pourrait prendre la forme d'une ordonnance prescrivant la préparation d'une nouvelle liste. En revanche, si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire pourrait constituer la réparation convenable pourvu que l'accusé n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances.

[293] En l'espèce, trois raisons m'amènent à conclure que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Eu égard à toutes les circonstances de la présente affaire, l'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public envers l'administration de la justice. À mon avis, les tribunaux ont traditionnellement hésité à excuser les problèmes graves entachant la sélection d'un jury en les assimilant à de simples questions de forme, ce que nous devons nous garder de faire en l'espèce; l'omission de l'État dans la présente affaire a entraîné une sous-représentation critique fondée sur la race; enfin, l'accusé appartient à la race même du groupe sous-représenté sur la liste des jurés.

(1) Un jury régulièrement formé n'est pas une simple question de forme

[294] Un jury régulièrement formé constitue le fondement d'un procès équitable et d'un procès qui valorisera l'administration de la justice dans la collectivité. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont souvent eu des scrupules à excuser les erreurs dans le processus de sélection des jurés comme une simple « question de forme ». Par exemple,

18 S.C.R. 407, Ritchie C.J. (dissenting in the result but in the majority with respect to jury selection) said this:

> . . . the objection taken [to the process of jury selection] is not raised on a mere technicality but is that the jury to whom the prisoner shall be given in charge shall be legally selected, chosen and sworn . . . .
>
> Believing then as I do, that the prisoner has not had a legal trial I cannot by my voice send him to the gallows. [pp. 425-26]

[295] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated: ". . . in the administration of criminal justice nothing is more important than that the constitution of the jury should be free from all objection and that the accused should have the full advantage of every safeguard which the law has provided to enable him to secure this right, which is of the very essence of a fair trial" (p. 692 (emphasis added)).

[296] In *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, in a very succinct judgment, the Saskatchewan Court of Appeal expressed a similar sentiment, holding that "[a] process that systematically excludes, either by design or unwittingly, an identifiable group from serving on a jury may be a sufficient ground for vacating a conviction made by a jury selected by that process" (p. 122). This view was subsequently reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Butler*, in the context of allegations that the sheriff deliberately excluded Aboriginal people from the jury roll. The court held that such conduct could be illegal and result in an improperly constituted jury which would then have no jurisdiction. Since the trial judge had failed to investigate the jury selection issue, a new trial was ordered (pp. 259-60).

[297] In *Barrow*, Dickson C.J. once again emphasized the fundamental importance of jury selection. He explained that "selection of an impartial jury is crucial to a fair trial"; that the accused, the Crown and the public all have the right "to be sure

dans l'ancien arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie (dissident quant au résultat, mais l'un des juges majoritaires sur la question de la sélection des jurés) tient les propos suivants :

> [TRADUCTION] . . . l'objection [au processus de sélection des jurés] ne concerne pas une simple question de forme, mais le principe selon lequel le jury à qui le prisonnier sera confié doit être sélectionné, choisi et assermenté conformément à la loi . . .
>
> Puisque j'estime que le prisonnier n'a pas bénéficié d'un procès légal, je ne puis le faire envoyer à la potence. [p. 425-426]

[295] Dans l'arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour déclare : [TRADUCTION] « . . . dans l'administration de la justice pénale, rien n'est plus important que de constituer un jury à l'égard duquel aucune objection ne peut être soulevée et d'assurer à l'accusé qu'il bénéficie pleinement de toutes les protections que la loi met à sa disposition pour lui garantir ce droit, lequel constitue l'essence même d'un procès équitable » (p. 692 (je souligne)).

[296] Dans l'arrêt très succinct *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, la Cour d'appel de la Saskatchewan a exprimé un sentiment semblable : [TRADUCTION] « Le processus qui, délibérément ou non, exclut systématiquement un groupe identifiable des fonctions de jurés peut justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité prononcée par le jury sélectionné à l'issue de ce processus » (p. 122). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a réitéré ce point de vue dans l'affaire *Butler*, où il avait été allégué que le shérif avait délibérément exclu des Autochtones de la liste des jurés. La cour a conclu que de tels actes pouvaient être illégaux et engendrer un jury irrégulièrement constitué qui serait alors dépourvu de compétence. Comme le juge du procès n'avait pas examiné la sélection des jurés, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée (p. 259-260).

[297] Dans l'arrêt *Barrow*, le juge en chef Dickson a à son tour souligné l'importance fondamentale de la sélection des jurés. Pour reprendre ses propos, « [l]a formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable »; l'accusé, le ministère

that the jury is impartial and the trial fair" and that on this "depends public confidence in the administration of justice" (p. 710). He also emphasized another key point: the importance — the "crucial" importance — of the appearance of justice, namely "the public perception of the fairness of the proceedings" (p. 715).

[298] Thus, it is not a full answer to an objection to how the jury was selected to say that the accused has not shown that the trial was in fact unfair. To treat this as a full answer ignores the important consideration of the appearance of fairness. Any significant failure of the jury selection process has the potential to "reflec[t] on the fairness of the entire trial": *Barrow*, at p. 719.

[299] Most recently, the Court in *Yumnu* confirmed that conduct within and surrounding the jury selection process may constitute a miscarriage of justice even if the accused has otherwise had a fair trial. Conduct which constitutes "a serious interference with the administration of justice" and offends "the community's sense of fair play and decency" constitutes a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered (para. 79). If the breach "is so serious that it destroys the appearance of justice and fairness of the trial", it is unnecessary to enquire into whether the accused suffered an actual prejudice: *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 39; see also *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), at pp. 638-39.

[300] The Crown submits that the failure of counsel to raise the issue before trial should be relevant to the appropriateness of the remedy: defence counsel was aware of the low representation of Aboriginal on-reserve residents and testified that he was familiar with the decision of Stach J. in *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), which dealt with the issue of representativeness of Aboriginal on-reserve residents. The Crown says that there is an inconsistency between this testimony and the respondent's submission that counsel was not made aware of the issue until after conviction.

public et le public ont tous le droit « d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » et « la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend » (p. 710). Il a également insisté sur un autre point essentiel : l'importance « cruciale » que justice paraisse être rendue, soit « l'impression chez le public que la procédure est équitable » (p. 715).

[298] En conséquence, il ne suffit pas d'opposer à l'objection relative à la sélection des jurés que l'accusé n'a pas établi le caractère inéquitable de son procès, car ce serait négliger le facteur important qu'est l'apparence d'équité. Toute lacune importante dans le processus de sélection des jurés éventuellement « se répercute sur l'équité du procès tout entier » (*Barrow*, p. 719).

[299] Plus récemment, dans l'arrêt *Yumnu*, la Cour confirme que toute conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, peut donner lieu à une erreur judiciaire même si l'accusé a à tous autres égards bénéficié d'un procès équitable. La conduite qui constitue « une entrave sérieuse à l'administration de la justice » et heurte « le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » entraîne une erreur judiciaire et commande la tenue d'un nouveau procès (par. 79). Si l'atteinte [TRADUCTION] « est tellement grave qu'elle détruit l'apparence de justice et d'équité du procès », il n'est pas nécessaire de vérifier si l'accusé a réellement subi un préjudice (*R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 39; voir également *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), p. 638-639).

[300] Selon le ministère public, le fait que l'avocat de la défense n'a pas soulevé le problème avant le procès devrait entrer en ligne de compte dans le choix de la réparation convenable : l'avocat était au courant de la faible représentation des résidents autochtones de réserves et il a affirmé à l'audience connaître la décision du juge Stach dans l'affaire *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), qui traitait de la représentativité de cette population. Le ministère public affirme que cette déclaration contredit l'argument de l'intimé selon lequel l'avocat n'a appris l'existence du problème qu'après la déclaration de culpabilité.

[301] I reject this submission for two reasons. First, responsibility for complying with ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter* belongs to the state, not to defence counsel. It was the state's duty to provide a representative jury roll, not the accused's obligation to catch its failure to do so. Second, in any case, the Court of Appeal concluded that defence counsel learned for the first time of the potential problems with the 2008 Kenora jury roll after conviction and the Crown did not oppose this issue being raised for the first time on appeal. As pointed out by LaForme J.A., it was not unreasonable for the respondent to assume that the state was complying with its constitutional obligations. It was only on September 12, 2008 — almost three months after the jury had rendered its verdict against Mr. Kokopenace — that counsel learned for the first time that there was evidence of irregularities in the jury roll process. On that date, he received a letter with an attachment consisting of an affidavit sworn by Rolanda Peacock, Acting Supervisor of Court Operations for the territorial district of Kenora, which summarized the state's efforts in respect of the 2007 Kenora jury roll. I see no error on the part of the Court of Appeal, in the unusual circumstances here, in refusing to deny an otherwise just and appropriate remedy on the basis that the issue was raised late.

[301] Je rejette cet argument pour deux motifs. Premièrement, la responsabilité de se conformer aux al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte* incombe à l'État, et non à l'avocat de la défense. C'est à l'État d'assurer une liste des jurés représentative, et non à l'accusé de signaler que l'État n'a pas respecté son obligation. Deuxièmement, en tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que l'avocat de la défense avait eu vent de la possibilité qu'un problème affecte la liste des jurés de Kenora pour 2008 après le prononcé de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne s'était pas opposé à ce que cette question soit soulevée pour la première fois dans le cadre de l'appel. Ainsi que l'a souligné le juge LaForme, il n'était pas déraisonnable que l'intimé tienne pour acquis que l'État avait respecté ses obligations constitutionnelles. Ce n'est que le 12 septembre 2008 — presque trois mois après que le jury a rendu son verdict contre M. Kokopenace — que l'avocat a appris pour la première fois l'existence d'une preuve d'irrégularité dans le processus de sélection des jurés. Ce jour-là, il a reçu une lettre à laquelle était joint un affidavit souscrit par Rolanda Peacock, superviseure intérimaire de l'administration des tribunaux pour le district territorial de Kenora, lequel comportait le résumé des efforts déployés par l'État pour préparer la liste des jurés de Kenora pour 2007. J'estime que la Cour d'appel n'a commis, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, aucune erreur en refusant de priver l'accusé d'une réparation par ailleurs juste et convenable parce que le problème avait été soulevé tardivement.

(2) The Under-Representation Was on the Basis of Race

[302] A second important consideration, in my opinion, is that the under-representation in this case was on the basis of race. As former Justice Iacobucci put it in his report:

> The public is more likely to perceive trials, and by extension the legal system as a whole, as being fair if prospective jurors are representative of the wider community from which they are drawn. Conversely, the wholesale exclusion of particular groups from the jury pool risks undermining public acceptance of the fairness of the

(2) La sous-représentation était fondée sur la race

[302] À mon sens, le deuxième motif important porte sur le fait que la sous-représentation en l'espèce était fondée sur la race. Voici ce que l'ancien juge Iacobucci indique dans son rapport :

> Il y a de meilleures chances que le public perçoive un procès, et, par extension, le système judiciaire tout entier, comme étant équitable, si les candidats-jurés sont représentatifs de l'ensemble de la collectivité dont ils sont issus. Par contre, l'exclusion en bloc de groupes particuliers du bassin d'où les jurés sont tirés risque

criminal justice system. A jury cannot act as the conscience of the community unless it is viewed favorably by the society that it serves. [para. 116]

[303] As the Privy Council stated in *Rojas v. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, at para. 14, "a non-discriminatory method of compilation of the jury lists is an essential ingredient of a fair trial by jury". This view was also adopted by the New Zealand Court of Appeal: *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, at paras. 50-60. I recognize that discrimination may occur not only as the result of intended effects of conduct, but also through the unintended effects of conduct. That the effect (although certainly not the intention) of the state conduct led to a substantial under-representation based on a prohibited ground of discrimination in my opinion considerably exacerbates the seriousness of the breach and its impact on confidence in the administration of justice.

(3) The Accused Is an Aboriginal Man

[304] Finally, we should not, in my view, be blind to the fact that the accused in this case is a member of the race that was wrongly excluded from adequate representation on the jury roll. This Court has repeatedly referred to the systemic discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system. The unintentional yet substantial under-representation of members of that race from the jury roll inevitably, in my view, casts a long shadow over the appearance that justice has been done. It seems to me that the Court should not, on one hand, direct other courts to take these social realities into account while, on the other, choosing to ignore these same realities when they confront us in an awkward context. In my view, it could not be clearer that, as a result of state action and inaction, persons of the accused's race were substantially under-represented on the jury roll.

de nuire à l'acceptation par le public que le système de justice pénale est équitable. Un jury ne peut faire office de conscience communautaire que si la société pour le compte de laquelle il délibère le tient en estime. [par. 116]

[303] Dans l'arrêt *Rojas c. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, le Conseil Privé a déclaré au par. 14 qu'une [TRADUCTION] « méthode non discriminatoire pour établir la liste des jurés constitue un élément essentiel d'un procès avec jury équitable ». La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a également adopté ce point de vue (*R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, par. 50-60). Je reconnais que la discrimination peut être engendrée par les effets intentionnels d'une conduite, mais aussi par les effets involontaires d'une conduite. L'effet de la conduite de l'État (mais certainement pas son intention cependant) ayant donné lieu à une importante sous-représentation fondée sur un motif de discrimination illicite a considérablement exacerbé la gravité de la violation et son incidence sur la confiance du public dans l'administration de la justice.

(3) L'accusé est autochtone

[304] Enfin, j'estime que nous ne devons pas négliger le fait que l'accusé dans la présente affaire appartient à la race même qui était injustement sous-représentée sur la liste des jurés. Notre Cour a évoqué à maintes reprises la discrimination systémique à l'égard des Autochtones dans le système de justice pénale. La sous-représentation involontaire — mais importante — des personnes appartenant à cette race sur la liste des jurés jette inévitablement, à mon avis, une ombre sur l'apparence de justice. Il me semble que la Cour ne devrait pas, d'une part, enjoindre aux autres tribunaux de tenir compte de ces réalités sociales et, d'autre part, les minimiser lorsqu'elles se présentent dans un contexte inopportun. J'estime qu'il est absolument manifeste qu'en raison d'actions et d'omissions de l'État, les personnes appartenant à la race de l'accusé étaient considérablement sous-représentées sur la liste des jurés.

[305] The 2008 jury roll for Kenora consisted of 699 potential jurors of whom 29 were Aboriginal on-reserve residents. Thus, Aboriginal on-reserve residents formed 4.1 percent of the jury roll while representing about 30 percent of the adult population of the judicial district. This significant under-representation, not surprisingly, was transmitted to the jury panel summoned for Mr. Kokopenace's trial. It consisted of 175 jurors, 8 of whom — 4.6 percent — were on-reserve residents. In the event, four of the eight were excused and two did not respond to the summons.

(4) Conclusion Respecting Remedy

[306] I see no reviewable error in the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the failure to provide a representative jury roll in the circumstances of this case undermined public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice. As a result, I would affirm the Court of Appeal's decision to order a new trial.

IV. Disposition of the Appeal

[307] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, McLachlin C.J. *and* Cromwell J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Falconers, Toronto.

[305] La liste des jurés de Kenora de 2008 était composée de 699 candidats jurés dont 29 étaient des résidents autochtones de réserves. Par conséquent, les résidents autochtones de réserves formaient 4,1 p. 100 de la liste des jurés, alors qu'ils représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire. Cette importante sous-représentation a naturellement été reportée dans le tableau des jurés assignés pour le procès de M. Kokopenace. Ce tableau comportait 175 jurés, dont huit — soit 4,6 p. 100 — étaient des résidents de réserves. Dans le cadre du processus de sélection, quatre des huit candidats jurés ont été exemptés et deux n'ont pas donné suite à l'assignation.

(4) Conclusion concernant la réparation

[306] J'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont commis aucune erreur donnant lieu à révision lorsqu'ils ont conclu que l'omission de fournir une liste des jurés représentative dans la présente affaire a miné la confiance du public envers l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Dispositif du pourvoi

[307] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin *et le juge* Cromwell *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski : Falconers, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF): University of Toronto, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Toronto.

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Law Office of Mary Eberts, Toronto.

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

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ) : Université de Toronto, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry : Law Office of Mary Eberts, Toronto.

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

Donald Jerry Barabash *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Shane Gordon Rollison *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association, Beyond Borders and Canadian Centre for Child Protection Inc. *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Barabash

2015 SCC 29

File Nos.: 35977, 36064.

2015: January 16; 2015: May 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

Donald Jerry Barabash *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Shane Gordon Rollison *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Association canadienne des libertés civiles, Au-delà des frontières et Centre canadien de protection de l'enfance inc. *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Barabash

2015 CSC 29

N[os] du greffe : 35977, 36064.

2015 : 16 janvier; 2015 : 22 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

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

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

Two girls, age 14, were runaways from a treatment centre. They stayed with the accused B, age 60, whereas the other accused, R, age 41, was a regular visitor. The girls were involved in sexual activity, which was depicted on video and in photographs, with each other and with R. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds could legally consent to sexual acts with adults. Both B and R were charged with making child pornography, contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. B was also charged with one count of possessing child pornography, contrary to s. 163.1(4). B and R were tried together. The trial judge found that all of the elements of the offences were established; however, the accused raised in defence the private use exception outlined in *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The judge concluded that the Crown had failed to disprove the exception beyond a reasonable doubt. The Court of Appeal allowed the appeals, substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

Deux adolescentes de 14 ans se sont enfuies d'un centre de traitement. Elles sont allées habiter chez l'accusé B, âgé de 60 ans. L'autre accusé, R, âgé de 41 ans, se trouvait régulièrement chez B. Les adolescentes ont pris part — l'une avec l'autre et avec R — à des actes sexuels qui ont été enregistrés sur bandes vidéo et photographiés. Au moment de la création des bandes vidéo et des photos, un adolescent de 14 ans pouvait légalement consentir à un acte sexuel avec un adulte. B et R ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*. B a en outre fait l'objet d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile en application du par. 163.1(4). Les deux accusés ont été jugés dans le cadre d'un procès commun. Le juge du procès a estimé que tous les éléments des infractions avaient été établis. Les accusés ont toutefois invoqué en défense l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45. Le juge a conclu à l'omission du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'exception ne s'appliquait pas. La Cour d'appel a accueilli les appels, inscrit des déclarations de culpabilité et renvoyé les dossiers pour détermination de la peine.

Held: The appeals should be allowed and a new trial ordered.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

The private use exception outlined in *Sharpe* serves as a defence to the offence of making or possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*. This private use exception requires a determination that the sexual activity depicted in recordings is lawful, that the recording of the sexual activity is also consensual and that the recordings are held exclusively for private use. In *Sharpe*, the Court did not mandate a separate and additional exploitation inquiry. Adding such a step would be unnecessary, as exploitation is already captured under the lawfulness inquiry. Section 153 of the *Criminal Code* makes sexual exploitation of a young person a crime. Thus, where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must consider whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

L'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* offre un moyen de défense opposable à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l'art. 163.1 du *Code criminel*. Pour que l'exception s'applique, le tribunal doit déterminer que l'activité sexuelle représentée dans les enregistrements est légale, que son enregistrement est aussi consensuel et que les enregistrements sont conservés exclusivement pour l'usage personnel. Dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour ne prescrit pas un supplément d'analyse distinct au chapitre de l'exploitation. L'ajout d'une telle étape serait superflu, car l'exploitation est déjà prise en compte dans l'analyse de la légalité. L'article 153 du *Code criminel* fait de l'exploitation sexuelle d'un adolescent un acte criminel. Ainsi, lorsque le ministère public invoque cet article pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit se demander si cette activité a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

Where s. 153 is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful. Thus, where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look

Lorsque les conditions d'application de l'art. 153 sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale. Par conséquent, lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de

beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative: "(*a*) the age of the young person; (*b*) the age difference between the person and the young person; (*c*) the evolution of the relationship; and (*d*) the degree of control or influence by the person over the young person". It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

In this case, the trial judge did not consider whether the relationship between the girls and the accused was exploitative within the meaning of s. 153, despite the fact that, at the time, s. 153 applied to young persons between the ages of 14 and 17. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the girls' age and the substantial difference in age between them and the accused, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was exploitative. However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the girls' addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

In other words, the trial judge's analysis focused primarily on the voluntariness of the sexual activities, instead of on the nature of the relationship between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing to consider whether the underlying relationship between the girls and the accused was exploitative, the trial judge erred in law. This error had a material bearing on the accused's acquittals and requires a new trial.

l'activité sexuelle en alléguant l'exploitation, le juge du procès doit s'attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, ainsi qu'aux circonstances qui l'entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d'éléments à partir desquels le juge peut déduire l'existence d'une relation où l'accusé exploite l'adolescent : « *a*) l'âge de l'adolescent; *b*) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent; *c*) l'évolution de leur relation; [et] *d*) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent ». Point n'est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l'objet d'une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l'activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l'examen des moyens de défense.

Dans la présente affaire, le juge du procès ne s'est pas demandé si la relation entre les adolescentes et les accusés en était une d'exploitation au sens de l'art. 153 même si cette disposition s'appliquait alors aux adolescents âgés de 14 à 17 ans. Lorsqu'il s'est penché sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l'exploitation, il l'a fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d'exemple, il a relevé l'âge des adolescentes et la grande différence d'âge entre elles et les accusés, mais il a estimé qu'on ne pouvait y voir d'exploitation. Cependant, il n'a pas considéré la différence d'âge à la lumière d'autres aspects de la relation, tels l'impact des dépendances des adolescentes, leur besoin d'un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il a omis d'examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnaient lieu à une relation d'exploitation.

En d'autres termes, l'analyse du juge du procès s'est attachée surtout au caractère volontaire de l'activité sexuelle, plutôt qu'à la nature de la relation entre les parties. Bien que le caractère volontaire d'une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l'entouraient pour déterminer si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les adolescentes et les accusés en était une d'exploitation constitue une erreur de droit. Cette erreur a eu une incidence significative sur l'acquittement des accusés et commande la tenue d'un nouveau procès.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; **referred to:** *R. v. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x; *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 to 273, 273.1, 686(4)(*b*)(ii).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter JJ.A.), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), setting aside the acquittals entered by Thomas J., 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Appeals allowed and new trial ordered.

Peter J. Royal, *Q.C.*, for the appellant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie and *Thomas Slade*, for the appellant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio and *Julie Morgan*, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Bartlett-Hughes and *Lisa Henderson*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alexi N. Wood and *Kate Southwell*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. x; *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 à 273, 273.1, 686(4)*b*)(ii).
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Thomas, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Peter J. Royal, *c.r.*, pour l'appelant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie et *Thomas Slade*, pour l'appelant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio et *Julie Morgan*, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Bartlett-Hughes et *Lisa Henderson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexi N. Wood et *Kate Southwell*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas and *Monique St. Germain*, for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — These appeals concern what happens when teenagers participate in sexual recordings as part of relationships that may involve exploitation. They examine the "private use exception" outlined in this Court's decision of *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The private use exception acts as a defence to the offences of making and possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The exception covers visual recordings that do not depict unlawful sexual activity, were created with the consent of the persons depicted, and are held exclusively for private use (*Sharpe*, at para. 128).

[2] In this case, the Court is asked to clarify the elements of the exception, and in particular where the concept of exploitation fits in the analysis.

[3] I conclude that the test articulated in *Sharpe* requires a determination that the sexual activity depicted is lawful — and thus did not arise in the context of an exploitative relationship. As the trial judge did not consider this specific question, I would allow the appeals and order a new trial.

I. Facts

[4] In early 2008, two 14-year-old females, K and D, ran away from an adolescent treatment centre in High Prairie, Alberta. The two teenagers had difficult pasts, with experiences of drug addiction, criminal history, family issues, and, in K's case, a history of prostitution. K described herself as a "street child" with ongoing troubles with drug abuse.

David Matas et *Monique St. Germain*, pour les intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l'enfance inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les pourvois s'intéressent à ce qu'il advient lorsque des adolescents prennent part à l'enregistrement d'activités sexuelles dans le cadre d'une relation susceptible d'être empreinte d'exploitation. Ils portent sur l'« exception relative à l'usage personnel » que la Cour a formulée dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, et qui offre un moyen de défense à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l'art. 163.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'exception s'applique à l'enregistrement visuel qui ne représente pas une activité sexuelle illégale, qui a été créé avec le consentement des personnes qui y figurent et que l'on conserve exclusivement pour l'usage personnel (*Sharpe*, par. 128).

[2] Dans la présente affaire, la Cour est appelée à clarifier les conditions d'application de l'exception et, en particulier, les situations où la notion d'exploitation entre en ligne de compte.

[3] J'estime que le critère de l'arrêt *Sharpe* exige du tribunal qu'il détermine que l'activité sexuelle représentée est légale, de sorte qu'elle n'a pas eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Comme le juge du procès n'a pas examiné cette question précise, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner un nouveau procès.

I. Faits

[4] Au début de 2008, deux adolescentes de 14 ans, K et D, se sont enfuies d'un centre de traitement pour adolescents situé à High Prairie, en Alberta. Elles avaient toutes deux connu un parcours difficile — dépendance aux drogues, criminalité, problèmes familiaux et, dans le cas de K, prostitution. K s'est décrite comme une [TRADUCTION] « enfant de la rue » aux prises avec des problèmes récurrents de toxicomanie.

[5] After leaving the treatment centre, K and D travelled to Edmonton, where they went to stay at the appellant Donald Barabash's residence. D had known Mr. Barabash for about a year, as a drug dealer and a friend of her father's. The other appellant, Shane Rollison, was a friend of Mr. Barabash's who was regularly at the residence and was also involved in drugs. At trial, K described the place as a stereotypic "crack house" with a wide variety of people visiting to sell, buy, and use various illegal drugs.

[6] During the time K and D stayed at the Barabash residence (K two to three weeks, D one week), they were involved in the creation of video recordings and still images with the appellants, using a computer webcam in the basement. In the recordings and images, K and D appear nude and engage in explicit sexual activity.

[7] The police began investigating the appellants after receiving complaints about a still photograph posted to Nexopia, a social networking site. The photograph depicted two young women, one of them topless. The police identified K and D as the two women depicted in the image and searched the Barabash residence. There they located a number of video recordings and still photographs that they identified as child pornography. The videos and photographs depicted K and D engaged in various explicit sexual activities, both with each other and with Mr. Rollison. Mr. Barabash generally operated the camera, although K and D did so at times. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds were able to consent to sexual acts with adults. (This has since been raised to 16.) K and D were both 14 at the time, while Mr. Barabash was 60, and Mr. Rollison was 41.

[8] The appellants were both charged with making child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. Mr. Barabash was also charged

[5] Après avoir quitté le centre de traitement, K et D se sont rendues à Edmonton, où elles se sont installées chez l'appelant Donald Barabash, un trafiquant de drogue et ami du père de D, que cette dernière connaissait depuis environ un an. L'autre appelant, Shane Rollison, un ami de M. Barabash qui s'adonnait également au trafic de la drogue, s'y trouvait régulièrement. Au procès, K a dit de l'endroit qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « fumerie de crack » typique que fréquentait une grande diversité de personnes pour vendre, acheter et consommer différentes drogues illégales.

[6] Pendant le séjour de K et de D chez M. Barabash (deux à trois semaines pour K, une pour D), elles ont participé, avec les appelants, à la création d'enregistrements et d'images fixes à l'aide d'une webcaméra, au sous-sol de la résidence. Dans les enregistrements et sur les images, K et D apparaissent nues et se livrent à une activité sexuelle explicite.

[7] La police a entrepris une enquête sur les appelants après avoir reçu des plaintes au sujet d'une photo affichée sur Nexopia, un site de réseautage social. La photographie représentait deux jeunes femmes, dont l'une avait les seins nus. Après qu'il eut été déterminé que K et D étaient les deux femmes représentées sur l'image, les policiers ont fouillé la résidence de M. Barabash et y ont trouvé un certain nombre d'enregistrements vidéo et d'images fixes qui, selon eux, constituaient de la pornographie juvénile. Les vidéos et les photos représentaient K et D en train de se livrer à diverses activités sexuelles explicites tant entre elles qu'avec M. Rollison. C'est généralement M. Barabash qui filmait ou prenait les photos, bien que K et D l'aient fait à l'occasion. Au moment où les enregistrements vidéo ont été réalisés et où les photos ont été prises, une personne de 14 ans pouvait consentir à des activités sexuelles avec un adulte. (Depuis, l'âge auquel un tel consentement peut être donné est passé à 16 ans.) K et D étaient toutes deux âgées de 14 ans à l'époque, alors que MM. Barabash et Rollison avaient respectivement 60 et 41 ans.

[8] Les appelants ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*.

with one count of possessing child pornography contrary to s. 163.1(4).

II. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] The appellants were tried together before Thomas J., sitting alone. The trial judge found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that both appellants made child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. He also found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barabash was in possession of child pornography contrary to s. 163.1(4). The core issue, however, was the availability of the private use exception from *Sharpe* as a defence to the charges.

[10] The trial judge reviewed the private use exception and concluded that, according to *Sharpe*, three requirements must be met for the exception to be made out: (1) the sexual activity must be legal; (2) the recording must be made with the consent of the persons depicted; and (3) the recording must be held for private use. He rejected the Crown's submission that, in addition to these three requirements, private use material must possess aspects of "self-fulfilment and self-actualization" and must not result in the "exploitation or abuse of children" (para. 163, citing *Sharpe*, at paras. 120 and 116). The trial judge found that all three requirements set out in *Sharpe* were met on the facts of this case and entered acquittals.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] The Crown appealed the acquittals on the ground that the trial judge erred in his interpretation of the private use exception. The majority of the Court of Appeal agreed and allowed the appeals, relying on that court's decision in *R. v. Cockell*, 2013

M. Barabash a également fait l'objet, sur le fondement du par. 163.1(4), d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] Les appelants ont subi un procès commun devant juge seul. Le juge Thomas conclut que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que les deux appelants avaient produit de la pornographie juvénile contrairement au par. 163.1(2) du *Code criminel*. Il estime également que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barabash avait été en possession de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4). Or, la question essentielle qui se posait était celle de savoir si l'exception relative à l'usage personnel reconnue par la Cour dans l'arrêt *Sharpe* pouvait ou non être opposée aux accusations.

[10] Le juge du procès se penche sur l'exception et conclut que, suivant l'arrêt *Sharpe*, trois conditions doivent être remplies pour qu'elle s'applique : (1) l'activité sexuelle doit être légale, (2) l'enregistrement doit avoir été réalisé avec le consentement des personnes qui y figurent et (3) l'enregistrement doit être conservé pour l'usage personnel. Il rejette la prétention du ministère public selon laquelle le matériel conservé pour l'usage personnel doit en outre posséder certains attributs liés à « l'épanouissement personnel et [à] la réalisation de soi » et ne doit pas faire en sorte que « des enfants soient exploités ou maltraités » (par. 163, citant *Sharpe*, par. 120 et 116). Le juge conclut que les trois conditions de l'arrêt *Sharpe* sont respectées eu égard aux faits de l'espèce, et il acquitte les accusés.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] Le ministère public a interjeté appel des acquittements au motif que le juge du procès avait mal interprété l'exception relative à l'usage personnel. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3

ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x. *Cockell* held that the private use exception also contained a standalone requirement that there be no exploitation or abuse involved in the creation of the recording, and a requirement that the parties intended the pornographic material to be for the private use of all those involved in its creation.

[12] Applying *Cockell* to the present case, the majority found that, for the purposes of the exception, the sexual activity must not involve "child exploitation or abuse as cognizable in law generally, not just crimes under the *Code*", and that "it was not outside the scope of judicial notice to find that considerably more than a 'nominal risk of harm' was inflicted on these two damaged kids" (para. 36). The majority therefore found that, with the correct law applied to the trial judge's findings of fact, convictions of the appellants were inevitable. It accordingly substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

[13] Berger J.A., writing in dissent, would have dismissed the appeals. While he agreed with the majority that the trial judge erred, he disagreed with the majority's view of the private use exception test and found that exploitation is properly subsumed within the lawfulness analysis. That is, he did not believe that *Sharpe* created a separate and distinct requirement related to factual exploitation. He found that the private use exception was made out on the facts as found by the trial judge.

III. Analysis

A. *R. v. Sharpe and the Criminal Prohibition on Child Pornography*

[14] Section 163.1 of the *Criminal Code* establishes a number of prohibitions related to the making,

R.C.S. x, les juges majoritaires de la Cour d'appel lui donnent raison et accueillent les appels. Selon l'arrêt *Cockell*, une autre condition — indépendante — de l'applicabilité de l'exception veut qu'il n'y ait eu ni exploitation ni maltraitance lors de la création de l'enregistrement, et une autre encore, que les parties aient voulu que le matériel pornographique soit réservé à l'usage personnel de toutes les personnes ayant participé à sa création.

[12] Dans leur application de l'arrêt *Cockell* aux faits de l'espèce, les juges majoritaires concluent que l'opposabilité de l'exception exige que l'activité sexuelle soit exempte [TRADUCTION] « non seulement de tout crime prévu par le *Code criminel*, mais aussi d'exploitation ou de maltraitance d'enfants au sens où on l'entend généralement en droit », et que « la connaissance d'office pouvait permettre de conclure qu'il y avait bien plus qu'un "risque infime de préjudice" pour ces deux enfants aux parcours difficiles » (par. 36). Ainsi, selon les juges majoritaires, si l'on applique les bons principes de droit aux conclusions de fait du juge du procès, les appelants devaient forcément être reconnus coupables. Ils substituent donc des déclarations de culpabilité aux acquittements et renvoient l'affaire pour détermination de la peine.

[13] Le juge Berger, dissident, aurait rejeté les appels. Bien qu'il convienne avec les juges majoritaires que le juge du procès a commis une erreur, il diffère d'opinion sur le critère d'application de l'exception relative à l'usage personnel et conclut que l'exploitation est subsumée à bon droit sous l'analyse de la légalité. Autrement dit, il estime que, dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour n'a pas créé une condition, indépendante et distincte, liée à l'exploitation de fait. Il conclut que, au vu des faits constatés en première instance, l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel est établie.

III. Analyse

A. *L'arrêt R. c. Sharpe et l'interdiction de la pornographie juvénile par le Code criminel*

[14] L'article 163.1 du *Code criminel* établit un certain nombre d'interdictions relatives à la production,

possession, distribution and accessing of child pornography. The child pornography in this case is defined in s. 163.1(1)(*a*):

> **163.1** (1) In this section, "child pornography" means
>
> (*a*) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,
>
> (i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or
>
> (ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

[15] In *Sharpe*, McLachlin C.J., writing for the majority of this Court, concluded that while s. 163.1 infringed the constitutional right to freedom of expression protected by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this infringement was, for the most part, justified under s. 1 of the *Charter* because of the important government objective of protecting children from harm. However, the majority found that two categories of privately held material captured by the criminal prohibition did not strike the proper balance between preventing harm to children and protecting freedom of expression. The two categories are (1) self-created expressive material, and (2) private recordings of lawful sexual activity. These types of private material engage values related to the development of thought, belief, opinion and expression, while posing "no reasoned risk of harm to children" (para. 100).

[16] To remedy this constitutional defect, the Court read in two exceptions to the prohibition. Each of these exceptions operates as a defence to prosecution under s. 163.1(2), which prohibits making child pornography, and s. 163.1(4), which prohibits its possession. The first exception addresses expressive material created and held by a single person and

à la possession et à la distribution de pornographie juvénile, ainsi qu'à l'accès à cette dernière. La pornographie juvénile considérée en l'espèce est définie à l'al. 163.1(1)*a*) :

> **163.1** (1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :
>
> *a*) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :
>
> (i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,
>
> (ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

[15] Dans l'arrêt *Sharpe*, la juge en chef McLachlin conclut au nom des juges majoritaires que même si l'art. 163.1 viole le droit constitutionnel à la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette violation est en grande partie justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* par l'objectif gouvernemental important de protéger les enfants contre un préjudice. Toutefois, selon la formation majoritaire, l'interdiction faite par le droit criminel n'établit pas, dans le cas de deux catégories de matériel conservé en privé, un juste équilibre entre la prévention du préjudice causé aux enfants et la protection de la liberté d'expression. Ces deux catégories sont (1) le matériel expressif créé personnellement et (2) l'enregistrement privé d'une activité sexuelle légale. Ce matériel privé fait intervenir des valeurs liées au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression sans susciter « aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants » (par. 100).

[16] Pour remédier à ce vice constitutionnel, la Cour reconnaît deux exceptions qui offrent chacune un moyen de défense en cas d'accusation fondée sur le par. 163.1(2) (interdisant la production de pornographie juvénile) ou sur le par. 163.1(4) (interdisant sa possession). La première exception vise le matériel expressif créé et conservé par une seule

protects "deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator" (*Sharpe*, at para. 128). The second exception, termed the "private use exception", protects a narrow category of recordings:

> The second exception protects a person's possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted. [Emphasis in original; *ibid.*]

Only this latter exception is relevant for the purposes of the present appeals.

[17] The majority in *Sharpe* reasoned that private recordings may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. It noted that "two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity", thus concluding that the cost of criminalizing such materials on the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children (para. 109).

B. *Elements of the Private Use Exception*

[18] As this Court explained in *Sharpe*, there are three elements to the private use exception, all of which must have a basis in the evidence for the exception to apply: (1) the recording must depict lawful sexual activity; (2) the persons depicted must consent to the recording; and (3) the recording must be held for private use.

[19] In order for this defence to go to a jury, the accused must raise an air of reality with respect to all three elements of the defence (*Sharpe*, at

personne, et elle protège « les formes d'expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l'usage exclusif de leur auteur » (*Sharpe*, par. 128). La deuxième, appelée « exception relative à l'usage personnel », protège une catégorie restreinte d'enregistrements :

> La seconde exception protège la possession par une personne d'enregistrements qu'elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s'ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent. [Souligné dans l'original; *ibid.*]

Seule l'applicabilité de cette dernière exception est en cause en l'espèce.

[17] De l'avis des juges majoritaires dans *Sharpe*, les enregistrements privés peuvent contribuer à l'épanouissement personnel, à la réalisation de soi ainsi qu'à l'exploration et à l'identité sexuelles de l'adolescent. Ils signalent que « deux adolescents pourraient faire grandir une relation d'amour et de respect en se servant de photos érotiques d'eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle » (par. 109). Ils concluent donc que les effets néfastes de la criminalisation de ce matériel sur le droit à la liberté d'expression l'emportent sur les effets bénéfiques minimes qu'elle pourrait avoir sur la prévention du préjudice causé aux enfants (*ibid.*).

B. *Conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel*

[18] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Sharpe*, l'exception relative à l'usage personnel s'applique à trois conditions, et la preuve offerte doit permettre de conclure au respect de chacune d'elles : (1) l'enregistrement doit représenter une activité sexuelle légale, (2) les personnes qui y figurent doivent consentir à l'enregistrement et (3) l'enregistrement doit être conservé pour l'usage personnel.

[19] L'accusé doit établir la vraisemblance du respect de ces trois conditions pour que le moyen de défense soit soumis au jury (*Sharpe*, par. 116).

para. 116). Once this evidential burden is met, the Crown then bears the persuasive burden to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Since all three elements are necessary for the defence to succeed, the Crown need only disprove one element beyond a reasonable doubt.

(1) Lawfulness

[20] First, the recorded sexual activity must be lawful. That is, the sexual activity cannot itself be a crime. Consent is a prerequisite to the lawfulness of the sexual activity. Children under the age of 12 cannot validly consent to sexual activity. At the time the offences are alleged to have been committed in this case, the circumstances under which young persons under the age of 14 could validly consent to sexual activity were restricted, depending upon the age of the other participants (*Criminal Code*, s. 150.1(1) and (2)). A young person under the age of 14 could not consent to sexual activity with another person unless that person was less than two years older. In addition, consent of young persons under 14 to sexual activity would not apply where the other participant was in a position of trust or authority towards them, where the relationship was one of dependency or where the relationship was exploitative (s. 150.1(2)(*c*) and (3)). These limits on consent had, and still have, broad application, including sexual touching and invitation, incitement or counselling to sexual touching, as well as other sexual offences.[1]

[21] Young persons aged 14 to 17, inclusively, could at that time validly consent to sexual activity with partners of any age. However, as with younger children, the sexual activity would be unlawful where the relationship is based on exploitation, dependency, trust or authority (s. 153(1)). At any age, consent remains invalid if obtained by means of fraud, duress,

[1] These limits on consent applied to the following offences: s. 151 (sexual interference); s. 152 (invitation to sexual touching); s. 160(3) (bestiality in presence of or by child); s. 173(2) (exposure); ss. 271 to 273 (sexual assault).

Une fois qu'il s'est acquitté de sa charge de présentation, le ministère public doit s'acquitter de sa charge de persuasion pour réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense. Comme le respect des trois conditions est nécessaire à l'application du moyen de défense, le ministère public n'a qu'à réfuter le respect de l'une d'elles hors de tout doute raisonnable.

(1) Légalité

[20] Premièrement, l'activité sexuelle enregistrée doit être légale. En d'autres termes, elle ne peut constituer un crime en soi. Le consentement des intéressés est une condition préalable à sa légalité. Un enfant de moins de 12 ans ne peut valablement consentir à une activité sexuelle. Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, les circonstances dans lesquelles un adolescent de moins de 14 ans pouvait valablement consentir à une activité sexuelle étaient restreintes et dépendaient de l'âge des autres participants (*Code criminel*, par. 150.1(1) et (2)). Un adolescent de moins de 14 ans ne pouvait consentir à une activité sexuelle que si son partenaire était de moins de deux ans son aîné. En outre, il ne pouvait consentir à une activité sexuelle lorsque son partenaire était une personne en situation d'autorité ou de confiance, lorsque la relation était une relation de dépendance ou lorsqu'il s'agissait d'une relation d'exploitation (al. 150.1(2)*c*) et par. 150.1(3)). Ces conditions s'appliquaient — et s'appliquent toujours — de manière générale, y compris aux contacts sexuels et au fait d'inviter, d'inciter ou d'engager à des contacts sexuels, ainsi qu'à d'autres infractions d'ordre sexuel[1].

[21] L'adolescent âgé de 14 à 17 ans inclusivement pouvait alors consentir valablement à des actes sexuels avec un partenaire de n'importe quel âge. Cependant, comme pour les enfants plus jeunes, l'activité sexuelle était illégale lorsque la relation reposait sur l'exploitation, la dépendance, la confiance ou l'autorité (par. 153(1)). À n'importe quel

[1] Ces conditions du consentement s'appliquaient aux infractions suivantes : art. 151 (contacts sexuels); art. 152 (incitation à des contacts sexuels); par. 160(3) (bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci); par. 173(2) (exhibitionnisme); art. 271 à 273 (agression sexuelle).

or abuse of authority, among other things (*Criminal Code*, ss. 265(3) and 273.1).

[22] In 2008, Parliament amended the *Criminal Code* to effectively raise the age of consent from 14 to 16 years (S.C. 2008, c. 6). Young persons aged 14 and 15 may now only consent to sexual activity with another person where they are either close in age to that person or married to that person (s. 150.1(2.1)).

[23] In the context of a child pornography prosecution, these legislative limits on minors' consent restrict the circumstances in which the underlying sexual activity will be lawful. In so doing, they restrict the circumstances in which a person charged under s. 163.1 can rely on the private use exception as a defence. Thus, subject to those exceptions explicitly permitted in the *Code*, the consent of a person under the age of 14 (now 16) would not be valid and the defence would not be available. Nor will the private use exception apply where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the relationship between those involved is tainted by exploitation, dependency, or abuse of authority or of a position of trust, as those offences are described in s. 153(1). Of course, the exception does not apply to any activities that are themselves offences, regardless of consent, such as incest (s. 155).

[24] In summary, the private use exception can never be available as a defence to child pornography involving children under the age of 12. For young persons aged 12 or 13, the circumstances where the exception may be available are defined narrowly by the *Criminal Code*. Otherwise, at the time of the alleged offences in this case, the private use exception was only available where the young person involved in the sexual activity was between 14 and 17 years of age, inclusively; today, this is restricted to those aged 16 or 17 years.

âge, le consentement demeure non valable lorsqu'il est obtenu notamment par la fraude, la contrainte ou l'abus de pouvoir (*Code criminel*, par. 265(3) et art. 273.1).

[22] En 2008, le législateur a modifié le *Code criminel* pour faire passer l'âge du consentement de 14 à 16 ans (L.C. 2008, c. 6). Désormais, un adolescent âgé de 14 ou 15 ans ne peut consentir à un acte sexuel que si son partenaire a à peu près le même âge que lui ou que s'il est marié avec lui (par. 150.1(2.1)).

[23] Dans le contexte d'une poursuite pour pornographie juvénile, les conditions d'origine législative applicables au consentement des mineurs délimitent les circonstances dans lesquelles l'activité sexuelle en cause est légale. Elles circonscrivent par le fait même les circonstances dans lesquelles une personne accusée en vertu de l'art. 163.1 peut invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Par conséquent, sous réserve des exceptions expressément prévues dans le *Code*, le consentement d'une personne de moins de 14 ans (16 ans, désormais) n'est pas valide, et le moyen de défense ne peut être invoqué. L'exception relative à l'usage personnel n'est pas opposable non plus lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que la relation entre les personnes en cause est empreinte d'exploitation, de dépendance, d'abus de pouvoir ou d'abus de confiance, d'où les infractions prévues au par. 153(1). Bien entendu, l'exception ne s'applique pas à l'acte qui constitue en soi une infraction, qu'il y ait ou non consentement, tel l'inceste (art. 155).

[24] En résumé, l'exception relative à l'usage personnel ne peut jamais être opposée à une accusation de pornographie juvénile lorsque les victimes sont des enfants âgés de moins de 12 ans. Pour ce qui concerne les adolescents de 12 ou de 13 ans, le *Code criminel* circonscrit étroitement les circonstances dans lesquelles l'exception peut être invoquée. Ainsi, au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'exception relative à l'usage personnel ne pouvait être soulevée que lorsque l'adolescent qui avait pris part à l'activité sexuelle était âgé de 14 à 17 ans inclusivement; aujourd'hui, il doit s'agir d'un adolescent de 16 ou de 17 ans.

(2) Consent to Recording

[25] Second, all participants must consent to the recording of the lawful sexual activity. Particularly in the digital age, the recording itself can create a risk of harm, quite separate from the underlying sexual activity. The consent requirement protects an individual's privacy by ensuring only consensual sexual expression falls within the exception to the prohibition on making or possessing child pornography.

(3) Privacy

[26] Third, as this Court held in *Sharpe*, "[t]he recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein" (para. 116; see also para. 118). The moment such privacy is breached, the recording falls outside the ambit of the private use exception. This ensures that cases such as *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, where the accused distributed consensually made images of himself and his 15-year-old girlfriend after their relationship ended, would not fall under the private use exception.

[27] Although it does not arise on the facts of this case, the trial judge and two interveners addressed the question of what happens when a participant in a recording under the private use exception demands that the recording be returned or destroyed. The trial judge concluded that once a recording is created, a participant retains the ability to demand its return or destruction, on the basis that effective control by each participant is a necessary element that must be established for a recording to be privately held. In his view, effective control is lost "where the owners of private use materials are unable to demand the return of the private use materials or their destruction" (para. 186; see also paras. 187 and 271-74).

(2) Consentement à l'enregistrement

[25] Deuxièmement, tous les participants doivent consentir à l'enregistrement de l'activité sexuelle légale. L'enregistrement peut en soi, surtout à l'ère numérique, créer un risque de préjudice tout à fait distinct par rapport à l'activité sexuelle représentée. La condition du consentement protège le droit individuel à la vie privée en faisant en sorte que seule l'expression sexuelle consensuelle bénéficie de l'exception à l'interdiction de produire de la pornographie juvénile ou d'en posséder.

(3) Caractère privé

[26] Troisièmement, dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour statue que « [l]'enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116; voir aussi par. 118). Dès qu'il y a atteinte à ce caractère privé, l'enregistrement cesse de bénéficier de l'exception relative à l'usage personnel. Cela fait en sorte que l'exception ne peut être invoquée dans une affaire comme *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, où l'accusé avait distribué des images — créées de façon consensuelle — de lui-même et sa petite amie de 15 ans après leur rupture.

[27] Même si la question ne se posait pas en l'espèce, le juge du procès et deux parties intervenantes se sont interrogés sur ce qu'il advient lorsqu'une personne exige qu'un enregistrement auquel elle a pris part et qui bénéficie de l'exception lui soit rendu ou soit détruit. Le juge conclut qu'une fois l'enregistrement créé, il demeure possible au participant d'exiger sa remise ou sa destruction, étant entendu que le pouvoir de chacun des participants de décider du sort de l'enregistrement constitue un élément dont la preuve est nécessaire pour qu'il s'agisse de matériel conservé en privé. À son avis, ce pouvoir disparaît [TRADUCTION] « lorsque les propriétaires du matériel destiné à l'usage personnel ne peuvent en exiger la remise ou la destruction » (par. 186; voir aussi par. 187 et 271-274).

[28] The intervener the Attorney General of Ontario argued that *Sharpe* implicitly requires that a child must have either ongoing access or *de facto* control over the material, so as to destroy or direct the destruction of the material in circumstances where the child comes to regret his or her participation in its creation (factum, at paras. 20-25). The intervener the Canadian Civil Liberties Association submitted that the privacy branch "implicitly enables an owner to unilaterally demand that a recording be destroyed" (factum, at para. 18).

[29] *Sharpe* did not include any reference to ongoing control, or to the right to the return or destruction of the recording, in the exception that the Court "read in" so that the legislation would strike an acceptable constitutional balance. This Court recognized an exception only for recordings of lawful sexual activity that are "privately created" and "kept in strict privacy . . . and intended . . . for private use by the creator and the persons depicted therein" (paras. 76 and 116). However, the exception relates not only to consent to the creation of the recording, but also to the ongoing nature of the possession. This imports notions of privacy and control in the creation, use, and ongoing possession of the recording.

[30] It may well be that the right of a young person who participates in the recording to demand the return or destruction of the recording is also implicit in *Sharpe*'s weighing of the harm of child pornography against the values of self-expression and self-actualization (paras. 102-10). In my view, the balance struck between the right of free expression and preventing harm to children in *Sharpe* suggests that young persons who participate in a sexual recording caught by the private use exception retain the ability to ensure its return or destruction. This understanding of the exception would provide protection for young persons who may suffer anxiety or distress from the knowledge that another person possesses such material and could unlawfully share it. It would serve to address circumstances in which the risk of harm outweighs the expressive value of

[28] L'intervenant le procureur général de l'Ontario soutient que l'arrêt *Sharpe* exige implicitement que l'enfant ait soit un accès continu au matériel, soit un pouvoir de fait sur celui-ci, de sorte qu'il puisse détruire le matériel ou exiger qu'on le détruise s'il vient à regretter d'avoir pris part à sa création (mémoire, par. 20-25). L'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles fait valoir que la condition de la destination à l'usage personnel [TRADUCTION] « permet implicitement au propriétaire de l'enregistrement d'en exiger la destruction » (mémoire, par. 18).

[29] Dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour ne fait pas mention d'un accès continu ou d'un droit à la remise ou à la destruction de l'enregistrement lorsqu'elle interprète largement la disposition en cause et formule l'exception de manière à établir un équilibre constitutionnel acceptable. La Cour y reconnaît une exception, mais seulement au bénéfice de l'enregistrement d'activités sexuelles légales qui est « créé en privé », « conservé strictement en privé » et « destiné [. . .] à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 76 et 116). Toutefois, l'exception ne dépend pas seulement du consentement à la création de l'enregistrement, mais aussi du caractère continu de sa possession. Dès lors, les notions de caractère privé et de pouvoir valent pour la création de l'enregistrement, son utilisation et sa possession continue.

[30] Le droit de l'adolescent qui a participé à l'enregistrement d'en exiger la remise ou la destruction peut fort bien découler implicitement de la mise en balance, dans l'arrêt *Sharpe*, du préjudice causé par la pornographie juvénile et des valeurs que sont l'épanouissement personnel et la réalisation de soi (par. 102-110). À mon sens, il appert de l'équilibre établi par la Cour dans cet arrêt entre le droit à la liberté d'expression et la prévention de l'infliction d'un préjudice aux enfants que l'adolescent qui prend part à un enregistrement d'ébats sexuels qui bénéficie de l'exception relative à l'usage personnel conserve le pouvoir d'exiger la remise de l'enregistrement ou sa destruction. Cette interprétation de l'exception est de nature à protéger l'adolescent susceptible de vivre de l'anxiété ou de la détresse en apprenant qu'un tiers est en

the recording, contrary to the principles articulated in *Sharpe*. However, since the question of a right to access or destruction is not relevant on the facts of these appeals, I would not make any final pronouncement about it.

C. *What Is the Role of Exploitation in the Private Use Exception?*

[31] In the present case, the Court of Appeal found that *Sharpe* mandates an additional element to the private use exception: the absence of factual exploitation. With respect, this interpretation of *Sharpe* is incorrect. While alleged exploitation plays an important role in determining whether the private use exception is an available defence to child pornography charges, this consideration is already captured as a part of the *Sharpe* analysis. As I explain below, there is no need to add another layer of exploitation inquiry to the existing test.

[32] The Crown advanced a modified version of this argument in oral submissions before this Court. In its view, exploitation must be considered directly when assessing whether there was consent to the recording. As I will explain, this issue may arise in another case; however, it does not arise in this case, and the common law of consent was not fully argued in the courts below or in written submissions to this Court.

(1) Exploitation Would Render the Consensual Sexual Activity Unlawful

[33] As noted above, sexual activity is unlawful in the absence of consent. Where an accused faces prosecution for making or possessing child pornography, the absence of consent precludes the availability

possession du matériel et pourrait le partager illégalement. Elle permet de remédier aux situations où le risque de préjudice l'emporte sur la valeur expressive de l'enregistrement contrairement aux principes dégagés dans l'arrêt *Sharpe*. Cependant, puisque la question du droit à l'accès ou à la destruction ne se pose pas en l'espèce, je m'abstiens de me prononcer de manière définitive sur ce point.

C. *Quelle est l'incidence de l'exploitation sur l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel?*

[31] Dans la présente affaire, la Cour d'appel conclut que l'arrêt *Sharpe* prescrit une condition supplémentaire pour l'application de l'exception relative à l'usage personnel : l'absence d'exploitation de fait. Sauf le respect qui lui est dû, son interprétation de l'arrêt *Sharpe* est erronée. Bien qu'une allégation d'exploitation importe grandement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exception relative à l'usage personnel constitue un moyen de défense opposable à une accusation de pornographie juvénile, l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Sharpe* en tient déjà compte. Comme je l'explique ci-après, il n'est pas nécessaire d'y ajouter une étape supplémentaire liée à l'exploitation.

[32] Le ministère public a fait valoir une version modifiée de cet argument en plaidoirie devant notre Cour. Ainsi, l'exploitation doit selon lui être examinée directement pour se prononcer sur le consentement à l'enregistrement. Comme je l'explique plus loin, ce pourrait être le cas dans une autre affaire, mais pas en l'espèce, et les règles de common law en matière de consentement n'ont pas été plaidées à fond devant les juridictions inférieures, ni développées dans les observations écrites adressées à la Cour.

(1) L'exploitation rendrait illégale l'activité sexuelle consensuelle

[33] Rappelons que l'absence de consentement rend l'activité sexuelle illégale. Lorsqu'un accusé est poursuivi pour production ou possession de pornographie juvénile, l'absence de consentement

of the private use exception as a defence. However, even if the young person consents to the sexual activity, it may nonetheless be unlawful in certain circumstances. As noted above, a child under 12 can never validly consent, and the validity of the consent of a young person between the ages of 12 and 15, inclusively, is now limited to those close in age or to spouses.

[34] Section 153 of the *Code* addresses sexual exploitation of a young person 16 or 17 years of age. (Today, 14- and 15-year-olds are similarly protected under s. 150.1(2.1)(*a*).) At the time of the alleged offences in this case, s. 153 covered persons between the ages of 14 and 17, inclusively. Section 153 would thus have applied to K and D. This section criminalizes a broad range of sexual activities and communications arising from certain types of relationships with young persons:

153. (1) Every person commits an offence who is in a position of trust or authority towards a young person, who is a person with whom the young person is in a relationship of dependency or who is in a relationship with a young person that is exploitative of the young person, and who

(*a*) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person; or

(*b*) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person.

[35] Thus, the private use exception will not be available where the Crown can prove beyond a reasonable doubt that the sexual conduct depicted (even if consensual) occurred in the course of one of the relationships described in this provision. Where this section is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful.

l'empêche d'invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Cependant, même lorsque l'adolescent y consent, l'activité sexuelle peut quand même être illégale. Comme je l'indique précédemment, un enfant de moins de 12 ans ne peut jamais donner un consentement valable, et un adolescent âgé de 12 à 15 ans inclusivement ne peut aujourd'hui donner un tel consentement que si son partenaire a à peu près le même âge ou qu'il est marié avec lui.

[34] L'article 153 du *Code* porte sur l'exploitation sexuelle d'un adolescent de 16 ou de 17 ans. (Aujourd'hui, les adolescents de 14 et 15 ans bénéficient d'une protection semblable à l'al. 150.1(2.1)*a*).) Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'art. 153 s'appliquait aux personnes âgées de 14 à 17 ans inclusivement et se serait donc appliqué à K et à D. Il criminalise un large éventail d'activités et de communications à caractère sexuel auxquelles donnent lieu certaines relations avec un adolescent :

153. (1) Commet une infraction toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance ou qui est dans une relation où elle exploite l'adolescent et qui, selon le cas :

a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent;

b) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

[35] Dès lors, l'exception relative à l'usage personnel ne peut être invoquée lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que les actes sexuels représentés (même s'ils sont consensuels) sont survenus dans le cadre de l'une ou l'autre des relations que vise la disposition. Et lorsque les conditions de perpétration de l'infraction sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale.

[36] Where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative:

> (*a*) the age of the young person;
>
> (*b*) the age difference between the person and the young person;
>
> (*c*) the evolution of the relationship; and
>
> (*d*) the degree of control or influence by the person over the young person.

It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

(2) Is There a Separate and Additional Requirement That the Judge Find the Absence of Exploitation?

[37] The parties agree that exploitation must be considered in order to determine whether or not the recorded sexual activity is lawful. However, throughout these proceedings the Crown argued that, in addition to the three elements identified above, *Sharpe* requires a further inquiry into whether factual exploitation occurred as a prerequisite to the availability of the private use exception. The trial judge rejected this argument, finding that this Court did not mandate an additional exploitation analysis in *Sharpe*.

[38] At the Court of Appeal, the majority and dissent diverged on whether or not an additional exploitation analysis is required, with the majority

[36] Lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de l'activité sexuelle en alléguant l'exploitation, le juge du procès doit s'attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, ainsi qu'aux circonstances qui l'entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d'éléments à partir desquels le juge du procès peut déduire l'existence d'une relation où l'accusé exploite l'adolescent :

> *a*) l'âge de l'adolescent;
>
> *b*) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent;
>
> *c*) l'évolution de leur relation;
>
> *d*) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent.

Point n'est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l'objet d'une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l'activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l'examen des moyens de défense.

(2) Une autre condition distincte veut-elle que le juge conclue à l'absence d'exploitation?

[37] Les parties conviennent que l'exploitation doit d'abord être exclue pour que l'activité sexuelle enregistrée soit jugée légale. Cependant, tout au long de l'instance, le ministère public a fait valoir que, selon l'arrêt *Sharpe*, aux trois conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel énoncées précédemment s'ajoute l'obligation de se demander s'il y a eu exploitation de fait. Le juge du procès a rejeté la thèse et estimé que l'arrêt *Sharpe* ne permet pas de conclure à cette exigence supplémentaire.

[38] En Cour d'appel, les juges majoritaires et le juge dissident diffèrent d'opinion quant à savoir si ce supplément d'analyse s'impose ou non. Les

concluding that the private use exception was only available where the absence of factual exploitation or abuse is established, separately from the inquiries into lawfulness and consent to recording. The Court of Appeal had based this conclusion on this Court's statement, at para. 116 of *Sharpe*, that the sexual activity "must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children".

[39] To the extent they relied upon para. 116 of *Sharpe* to suggest that factual exploitation is an additional requirement of the private use exception, the Court of Appeal majority misreads *Sharpe*. The Supreme Court's summary of the exception, at para. 128 of *Sharpe*, contains no such separate requirement. The relevant part of para. 116 reads as follows:

> The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. [Emphasis added.]

[40] Paragraph 116 situates exploitation firmly within the lawfulness analysis, which is one of the three elements required for the defence to succeed.

[41] This does not mean that exploitation is not an important part of the inquiry. Indeed, where there are indicia of exploitation, the Crown will

premiers concluent que l'exception ne peut être invoquée que lorsque l'absence d'exploitation ou de maltraitance est établie, indépendamment de la légalité des actes et du consentement à leur enregistrement. La Cour d'appel fonde sa conclusion sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour dit que l'activité sexuelle « ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités ».

[39] Dans la mesure où ils s'appuient sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe* pour prétendre que l'absence d'exploitation de fait constitue une condition supplémentaire de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel, les juges majoritaires de la Cour d'appel interprètent mal l'arrêt. Le résumé de la Cour portant sur l'exception et figurant au par. 128 de l'arrêt *Sharpe* ne fait pas état d'une telle exigence distincte. Voici l'extrait pertinent du par. 116 :

> La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. [Je souligne.]

[40] Il appert du par. 116 que l'absence d'exploitation s'inscrit nettement dans l'analyse de la légalité, laquelle constitue l'une des trois conditions de l'opposabilité du moyen de défense.

[41] L'absence d'exploitation demeure néanmoins un élément important de l'analyse. En fait, lorsqu'il existe des indices d'exploitation, le ministère public

likely raise these facts in order to prove, on the basis of s. 153, that the activity was unlawful beyond a reasonable doubt.

[42] Faced with such evidence, a trial judge must be alive to Parliament's direction in s. 153 that consent not be taken merely at face value where a young person is concerned. Properly interpreted and applied, exploitation must be determined by looking at the relationship between the complainant and the accused, and the entire context of their interactions.

[43] This does not mean that "factual exploitation", divorced from any of the three prongs set out in *Sharpe*, is a separate part of the private use exception. I agree with the appellants that this proposed additional step is redundant. It is not required by this Court's decision in *Sharpe*, nor is it required to ensure that those who exploit young people do not benefit from the private use exception. The inquiry into lawfulness of the underlying sexual activity already permits a robust analysis of exploitation.

(3) Is There a Requirement to Assess Exploitation in Relation to Consent to Recording?

[44] In oral submissions before this Court, the Crown modified the position it took before the courts below. The Crown argued that exploitation must also be considered when determining whether or not the complainant consented to the recording. In other words, the court should examine how exploitation may influence a young person's consent to being recorded, separately and apart from the question of consent to the underlying sexual activity. Although the *Criminal Code* restricts consent to sexual activity in circumstances such as incapacity, coercion and abuse of authority, no such protections apply to the consent to record.

[45] The Crown anchored this view in what it sees as the limited scope of s. 153, which it argues may not cover situations where no sexual touching

les invoquera vraisemblablement afin de prouver hors de tout doute raisonnable que l'activité était illégale au regard de l'art. 153.

[42] Saisi d'une telle preuve, le juge du procès doit être conscient de la mise en garde contenue à l'art. 153, à savoir que le consentement d'un adolescent est sujet à caution. Suivant une interprétation et une application correctes de la notion, l'existence ou l'inexistence de quelque exploitation est établie à partir d'un examen de la relation entre le plaignant et l'accusé et du contexte global de leurs interactions.

[43] Pour autant, l'absence d'« exploitation de fait », indépendamment de l'une ou l'autre des trois conditions énoncées dans *Sharpe*, ne constitue pas une condition distincte de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Je conviens avec les appelants de la redondance de l'étape supplémentaire proposée. La Cour ne l'exige pas dans l'arrêt *Sharpe* et elle ne s'impose pas non plus pour mettre l'exception hors de portée de ceux qui exploitent des adolescents. L'examen de la légalité de l'activité sexuelle représentée permet déjà de se pencher sérieusement sur la présence ou l'absence d'exploitation.

(3) Faut-il considérer l'exploitation en liaison avec le consentement à l'enregistrement?

[44] Dans sa plaidoirie devant la Cour, le ministère public a modifié la thèse qu'il avait défendue devant les tribunaux inférieurs. Selon lui, il faut en outre aborder la question de l'exploitation au moment de déterminer si le plaignant a consenti ou non à l'enregistrement. Autrement dit, le tribunal devrait se demander si l'exploitation a pu influencer de quelque manière le consentement de l'adolescent à l'enregistrement, et ce, indépendamment du consentement à l'activité sexuelle représentée. Le *Code criminel* tient pour nul le consentement à une activité sexuelle en cas, par exemple, d'incapacité, de contrainte ou d'abus de pouvoir, mais cette protection ne vaut pas à l'égard du consentement à l'enregistrement.

[45] Le ministère public fonde sa prétention sur la portée limitée qu'il prête à l'art. 153, lequel pourrait ne pas s'appliquer lorsqu'il n'y a aucun

occurs or where the touching is not invited, counselled or incited. The only example the Crown could suggest was that of nude posing by a young person aged 16 or 17, which could occur in the context of an exploitative relationship but nonetheless fall outside the ambit of s. 153.[2] In the Crown's view, only an additional exploitation analysis with respect to consent to the recording itself could properly capture recordings that are beyond the scope of s. 153.

[46] The concerns raised by the Crown's example can only arise where the subject of the recording does not involve any touching or invitation to touching that would be caught by s. 153. As the Attorney General of Ontario submitted in these proceedings, it is quite possible that s. 153 could apply to the example of the still photos of nude posing. The language in s. 153 is broad and captures any invitation to sexual touching of others or oneself. It is not clear that there would be many instances where a still photograph is taken by the dominant person in the context of an exploitative relationship that did not involve any invitation to sexual touching. In such circumstances, consent to the sexual activity and to the act of recording will often be intertwined, and thus captured by s. 153.

[47] This is not to say that where the recording is concerned the young person's consent is necessarily a simple question of yes or no. Should a case arise in which no underlying sexual activity exists that could be caught by the *Criminal Code*'s provisions related to sexual exploitation, it may be that an exploitative relationship would be relevant to the common law rules of consent in the context of consent to recording.

[48] However, this is not the case to decide whether an exploitative relationship can vitiate consent to the

[2] Similar considerations would apply to the operation of the s. 152 invitation to sexual touching provision for those under the age of 16.

contact sexuel ou que personne n'invite, n'engage ou n'incite un adolescent à des contacts sexuels. Le seul exemple qu'il a pu donner est le cas d'un adolescent de 16 ou de 17 ans qui poserait nu dans le cadre d'une relation d'exploitation, une situation susceptible d'échapper à l'application de l'art. 153[2]. Selon le ministère public, seul un supplément d'analyse du consentement à l'enregistrement, axé sur l'exploitation, pourrait faire en sorte que l'enregistrement qui déborde le cadre de l'art. 153 tombe néanmoins sous le coup de la loi.

[46] Or, l'exemple n'étaye le point de vue du ministère public que lorsque l'objet de l'enregistrement ne comporte pas de contacts sexuels ou d'incitation à des contacts sexuels qui tomberaient sous le coup de l'art. 153. Comme le procureur général de l'Ontario le fait valoir en l'espèce, il est fort possible que l'art. 153 s'applique au cas d'un adolescent qui pose nu comme dans l'exemple avancé. Le libellé de cette disposition est général et vise toute personne qui incite un adolescent à des contacts sexuels, que l'adolescent soit appelé à toucher l'accusé ou un tiers, ou à se toucher lui-même. Il est difficile de dire si la situation où la personne dominante prend une photo de la personne dominée dans le contexte d'une relation d'exploitation sans qu'il n'y ait incitation à des contacts sexuels est susceptible de se présenter souvent. Dans un tel cas, le consentement à l'activité sexuelle et le consentement à l'enregistrement s'entremêlent souvent, de sorte que l'art. 153 s'applique.

[47] Cependant, le consentement d'un adolescent à l'enregistrement ne tient pas nécessairement à un simple oui ou non. Lorsqu'aucune activité sexuelle sous-jacente n'est susceptible de tomber sous le coup des dispositions du *Code criminel* relatives à l'exploitation sexuelle, l'existence d'une relation d'exploitation pourrait se révéler pertinente pour l'application des règles de la common law au consentement à l'enregistrement.

[48] Or, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si une relation d'exploitation peut vicier le

[2] Il en irait de même pour l'application de l'art. 152, qui porte sur l'incitation de jeunes de moins de 16 ans à des contacts sexuels.

recording. Circumstances where the exploitation is not captured in the lawfulness analysis are not likely to arise frequently — and they do not arise in this case. The extent to which an exploitative relationship may vitiate consent generally under the common law was not clearly developed in the courts below or in the factum of the Crown. I think it best to leave this question about the common law principles of consent to a case with a proper record and argument. The implications may be far reaching.

[49] In short, any exploitation in the relationship between K and D and the appellants in this case is properly considered in the lawfulness analysis with respect to s. 153 of the *Criminal Code*.

(4) Is Mutuality of Benefit a Prerequisite to Availability of the Private Use Exception?

[50] The Crown argues that *Sharpe* also requires that there be a "mutuality of benefit" among all individuals captured by the recording (transcript, at p. 53). In support of this argument, the Crown cites this Court's discussion in *Sharpe* of the significance that recordings of sexual activity may have for "adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity" (para. 109). In the Crown's view, such expressive values can only be achieved where all individuals depicted, including any minors, actually derive a proven benefit from the recording. Such a requirement is characterized as a necessary bulwark against exploitation.

[51] The Alberta Court of Appeal agreed, concluding that a "[p]rerequisite to the availability of the private use defence is evidence that the parties intended the pornographic material for the private use of [the complainant] as well as that of the appellant, sometimes called a mutuality of benefit" (para. 13, citing *Cockell*, at para. 36).

consentement à l'enregistrement. Les cas où l'analyse de la légalité ne tiendra pas compte de l'exploitation seront vraisemblablement peu nombreux, et la Cour n'est pas saisie de l'un d'eux en l'espèce. Ni les tribunaux inférieurs, ni le ministère public dans son mémoire ne font clairement état de la mesure dans laquelle une relation d'exploitation peut, en common law, vicier le consentement de manière générale. Je crois qu'il vaudra mieux que la Cour se prononce sur les principes de common law applicables au consentement dans une affaire ultérieure où le dossier et les arguments seront suffisamment étoffés, car la décision pourrait avoir de grandes répercussions.

[49] En bref, toute forme d'exploitation présente dans la relation entre K et D et les appelants en l'espèce est dûment prise en compte dans l'analyse relative à la légalité pour ce qui concerne l'application de l'art. 153 du *Code criminel*.

(4) L'existence d'avantages mutuels constitue-t-elle une condition d'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel?

[50] Le ministère public soutient que l'arrêt *Sharpe* exige en outre l'existence d'[TRADUCTION] « avantages mutuels » pour toutes les personnes représentées dans l'enregistrement (transcription, p. 53). Il invoque à l'appui la reconnaissance par la Cour de l'importance que l'enregistrement d'une activité sexuelle peut avoir pour « l'épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l'exploration et l'identité sexuelles de l'adolescent » (par. 109). À son avis, de telles valeurs expressives ne peuvent exister que si toutes les personnes représentées, y compris les mineurs, tirent un avantage avéré de l'enregistrement. Il tient cette exigence pour un rempart nécessaire contre l'exploitation.

[51] La Cour d'appel de l'Alberta lui donne raison et conclut que, [TRADUCTION] « [p]our pouvoir invoquer la défense relative à l'usage personnel, il faut prouver que les parties ont voulu que le matériel pornographique soit réservé à l'usage personnel [du plaignant] et de l'appelant, ce qu'on appelle parfois des avantages mutuels » (par. 13, citant *Cockell*, par. 36).

[52] I cannot accede to this interpretation of this Court's decision in *Sharpe*. *Sharpe* does not refer to mutuality of benefit as a standalone requirement for the private use exception. Rather, *Sharpe* says that the material must be "intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted" (para. 116). I do not read this as establishing "mutuality of benefit" as a requirement for the private use exception. It simply establishes that private use is limited to use by the creator and the persons depicted, and nobody else. This requirement leaves the determination regarding possible benefits to the consenting individuals. Adding a "mutuality of benefit" requirement to the analysis would unnecessarily complicate the private use exception test while providing little benefit.

[53] To conclude, the private use exception established in *Sharpe* is available only where (1) the sexual activity is lawful, (2) all participants consented to the recording, and (3) the recording is created and retained strictly for the private use of those involved. In determining the lawfulness of the sexual activity, the sexual activity recorded cannot be considered in isolation. Where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must also determine whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

IV. Application to This Case

[54] The trial judge found that the sexual activity in this case was lawful. In so doing, he relied on an apparent concession by the Crown regarding lawfulness. This concession arose in the context of the Crown advancing an erroneous legal framework for analyzing the private use exception, both at trial and on appeal. Of course, a trial judge is not bound by concessions of law if those concessions are erroneous (*R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R.

[52] Je ne peux souscrire à cette interprétation de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour n'affirme pas que l'existence d'avantages mutuels constitue une condition, indépendante, de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Elle dit plutôt que le matériel en cause doit être « destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116). À mon avis, ce passage ne permet pas de conclure que l'existence d'« avantages mutuels » constitue une condition de l'applicabilité de l'exception. Il établit simplement que l'usage personnel s'entend uniquement de l'usage par l'auteur du matériel et les personnes qui sont représentées, personne d'autre. Il appartient donc aux personnes consentantes de déterminer les avantages possibles. L'ajout de l'existence d'« avantages mutuels » aux conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel compliquerait inutilement la démarche et ne présenterait guère d'avantages.

[53] Pour conclure, l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* ne s'applique que si les conditions suivantes sont respectées : (1) l'activité sexuelle est légale, (2) tous les participants ont consenti à l'enregistrement et (3) l'enregistrement est créé et conservé strictement pour l'usage personnel des personnes en cause. On ne peut se prononcer sur la légalité de l'activité sexuelle enregistrée en la considérant isolément. Lorsque le ministère public invoque l'art. 153 pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit également se demander si celle-ci a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

IV. Application à l'espèce

[54] Le juge du procès conclut que l'activité sexuelle considérée est légale. Ce faisant, il se fonde sur un aveu apparent du ministère public sur ce point. L'aveu est intervenu lorsque le ministère public a fait valoir — tant au procès qu'en appel — un cadre juridique erroné pour l'analyse que commande l'exception relative à l'usage personnel. Le juge n'est certes pas lié par un aveu sur une question de droit lorsque cet aveu est infondé (*R. c. Pickton*, 2010 CSC 32,

198, at para. 27; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at paras. 62-64; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45). However, while the Crown's position was wrong in law, the fact that exploitation was advanced for consideration at trial (albeit as a separate element in the *Sharpe* test) overcomes any prejudice to the appellants resulting from the erroneous legal position taken by the Crown. That is, despite how the Crown framed the legal test in this case, it is clear the Crown took the position that the private use exception was not available because of an exploitative relationship between the two appellants and K and D. In determining whether the private use exception was available as a defence, the trial judge was required, in these circumstances, to consider whether that relationship was exploitative within the meaning of s. 153.

[55] Reviewing the trial judge's findings, it is apparent that he did not turn his mind to whether or not the broader relationship was one of exploitation within the meaning of s. 153. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the age of the complainants and the substantial difference in age between them and the appellants, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was "intrinsically exploitive or abusive" (para. 226). However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the complainants' addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

[56] The trial judge's analysis focused primarily on the voluntariness of particular *activities*, instead of on the nature of the *relationship* between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing

[2010] 2 R.C.S. 198, par. 27; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62-64; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45). Cependant, même si la position du ministère public était erronée en droit, le fait que l'éventualité d'une exploitation a été invoquée au procès (quoiqu'à titre d'élément distinct du critère de l'arrêt *Sharpe*) l'emporte sur tout préjudice susceptible d'avoir été causé aux appelants par cette position juridique erronée. Autrement dit, malgré sa formulation du critère juridique applicable en l'espèce, le ministère public estimait clairement que l'exception relative à l'usage personnel ne s'appliquait pas à cause de la relation d'exploitation qui existait entre les deux appelants et K et D. Pour déterminer si l'exception pouvait être opposée en défense, le juge du procès était donc tenu de se demander s'il y avait bel et bien exploitation au sens de l'art. 153.

[55] Il ressort de ses conclusions que le juge du procès ne s'est pas demandé si la relation générale en était une d'exploitation au sens de l'art. 153. Lorsqu'il se penche sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l'exploitation, il le fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d'exemple, il relève l'âge des plaignantes et la grande différence d'âge entre elles et les appelants, mais il conclut que ces éléments ne permettent pas de conclure à une [TRADUCTION] « forme intrinsèque d'exploitation ou d'abus » (par. 226). Cependant, il ne considère pas l'écart à la lumière d'autres aspects de la relation, tels l'impact des dépendances des plaignantes, leur besoin d'un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il omet d'examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnent lieu à une relation d'exploitation.

[56] L'analyse du juge du procès s'attache surtout au caractère volontaire de la participation à certaines *activités*, plutôt qu'à la nature de la *relation* entre les parties. Bien que le caractère volontaire d'une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l'entouraient pour déterminer si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de

to consider whether the underlying relationship between the complainants and the appellants was exploitative, the trial judge erred in law.

[57] Thus, while the Court of Appeal erred in law in its approach to the case, I am nonetheless of the view that the trial judge erred by failing to consider whether the sexual activity was unlawful by virtue of s. 153 of the *Code*. Given the trial judge's findings of fact, however, I am not persuaded that Mr. Barabash and Mr. Rollison would have been found guilty but for the trial judge's error in law (*Criminal Code*, s. 686(4)(*b*)(ii)). I therefore would not uphold the Court of Appeal's decision to enter convictions. This is especially true since the trial judge's legal error was induced in part by an erroneous Crown concession at trial.

[58] The acquittals should be restored unless the Crown shows that the trial judge's legal error has a material bearing on the acquittals (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). The appellants submit that regardless of this legal error the trial judge's factual findings would inevitably have led him to find no exploitation in this case and that therefore the acquittals should be restored. With respect, I cannot agree.

[59] For example, the trial judge found that both K and D may have been under the influence of drugs and alcohol at the time the recorded sexual activities occurred, but that they were nevertheless aware of and consented to their nudity, the sexual activities in which they engaged, and the recording of those activities. He found that the complainants were not coerced and that they did not exchange sex or nude posing for drugs. On the contrary, he found that they "initiate[d] and direct[ed] many of the activities" and "willingly consented to and participated in the making of the recordings" (para. 100).

l'art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les plaignantes et les appelants en est une d'exploitation constitue une erreur de droit.

[57] En conséquence, même si la Cour d'appel a commis une erreur de droit dans sa démarche, j'estime que le juge du procès a eu tort de ne pas se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 du *Code*. Vu ses conclusions de fait, je ne suis toutefois pas convaincue que MM. Barabash et Rollison auraient été déclarés coupables n'eût été l'erreur de droit (*Code criminel*, sous-al. 686(4)*b*)(ii)). Je suis donc d'avis de ne pas confirmer les déclarations de culpabilité de la Cour d'appel, d'autant plus que l'erreur résulte en partie de l'aveu erroné du ministère public au procès.

[58] Il y a lieu de rétablir les acquittements à moins que le ministère public n'établisse que l'erreur de droit du juge du procès a eu une incidence significative sur ceux-ci (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Les appelants estiment que, indépendamment de cette erreur de droit, les conclusions de fait du juge du procès l'auraient nécessairement amené à conclure à l'absence d'exploitation en l'espèce, de sorte que les acquittements doivent être rétablis. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord.

[59] À titre d'exemple, le juge conclut que K et D ont pu être intoxiquées par la drogue ou l'alcool lorsque se sont déroulées les activités sexuelles enregistrées, mais qu'elles ont néanmoins été conscientes de leur nudité, des activités sexuelles auxquelles elles se sont livrées et de l'enregistrement de celles-ci, et y ont consenti. Selon lui, les plaignantes n'ont fait l'objet d'aucune contrainte et elles n'ont pas fourni de services sexuels ou posé nues contre de la drogue. Au contraire, elles ont [TRADUCTION] « initi[é] et dirig[é] bon nombre des activités », ainsi que « consenti et participé de leur plein gré à la production des enregistrements » (par. 100).

[60] The judge also accepted that K believed she would have a better prospect of sharing drugs if she engaged in sexual activities with Mr. Barabash and Mr. Rollison. Indeed, he referred to K's testimony that while "no formal exchange arrangement existed", drugs would be provided and used "[w]hen she engaged in sex with Barabash and Rollison" (para. 37). K further indicated she may have engaged in sexual activities with the intention of obtaining drugs. However, the judge did not consider the implications of this conclusion on the question of whether the relationships between the complainants and the appellants were exploitative. He also did not consider whether the complainants' willingness to participate in sexual activities was influenced by any dependence on Mr. Barabash for shelter or drugs. Fundamentally, the trial judge failed to consider the extent to which the appellants — two older men — may have exercised control over two vulnerable, deeply troubled and runaway girls.

[61] Thus, the trial judge's factual findings do not adequately establish whether the appellants were in positions of trust or authority towards the complainants, whether the complainants were dependent upon them, or whether the relationships were exploitative of K and D, as required by s. 153.

[62] As a result, I am satisfied that the trial judge's error had a material bearing on the acquittals. The trial judge's failure to properly address whether the sexual activity was lawful within the meaning of s. 153 as part of the private use exception analysis requires a new trial.

V. Remedy

[63] I would allow the appeals and direct that a new trial be held.

Appeals allowed and new trial ordered.

[60] Le juge reconnaît par ailleurs que K a cru qu'elle avait plus de chances de partager de la drogue si elle se livrait à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison. Il renvoie en effet au témoignage de K selon lequel, malgré [TRADUCTION] « l'absence d'un accord d'échange explicite », « [l]e fait de se livrer à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison » lui permettait d'obtenir et de consommer de la drogue (par. 37). K a également affirmé qu'elle avait pu se livrer aux activités sexuelles dans l'intention d'obtenir de la drogue. Le juge n'examine toutefois pas l'incidence de cette conclusion sur la question de savoir si la relation entre les plaignantes et les appelants était une relation d'exploitation. Il ne se demande pas non plus si la volonté des plaignantes de participer à des activités sexuelles était influencée par le fait qu'elles dépendaient de M. Barabash pour se loger ou obtenir de la drogue. Essentiellement, le juge du procès omet de se demander dans quelle mesure les appelants — deux hommes plus âgés — ont pu exercer un pouvoir sur deux fugueuses vulnérables et profondément perturbées.

[61] En conséquence, les conclusions de fait tirées en première instance ne permettent pas de bien établir, comme l'exige l'art. 153, si les appelants ont été en situation de confiance ou d'autorité à l'égard des plaignantes, si ces dernières ont été en situation de dépendance vis-à-vis d'eux ou si K et D ont été exploitées dans le cadre de la relation.

[62] Je suis donc convaincue que l'erreur du juge du procès a eu une incidence significative sur les acquittements. L'omission de bien se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 dans le cadre de l'analyse relative à l'exception relative à l'usage personnel commande la tenue d'un nouveau procès.

V. Réparation

[63] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Solicitors for the appellant Donald Jerry Barabash: Royal Teskey, Edmonton.

Solicitors for the appellant Shane Gordon Rollison: Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davis, Toronto.

Solicitors for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.: David Matas, Winnipeg; Canadian Centre for Child Protection Inc., Winnipeg.

Procureurs de l'appelant Donald Jerry Barabash : Royal Teskey, Edmonton.

Procureurs de l'appelant Shane Gordon Rollison : Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davis, Toronto.

Procureurs des intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l'enfance inc. : David Matas, Winnipeg; Centre canadien de protection de l'enfance inc., Winnipeg.

Chief Sheldon Taypotat, Michael Bob, Janice McKay, Iris Taypotat and Vera Wasacase as Chief and Council Representatives of the Kahkewistahaw First Nation *Appellants*

v.

Louis Taypotat *Respondent*

Indexed as: Kahkewistahaw First Nation *v.* Taypotat

2015 SCC 30

File No.: 35518.

2014: October 9; 2015: May 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government. In response to these goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 education requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, was 76 years old and had a Grade 10 education. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. Only the constitutional issue is before this Court. His argument was that the Grade 12

Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob, Janice McKay, Iris Taypotat et Vera Wasacase en tant que chef et représentants du conseil de la Première Nation de Kahkewistahaw *Appelants*

c.

Louis Taypotat *Intimé*

Répertorié : Première Nation de Kahkewistahaw *c.* Taypotat

2015 CSC 30

N° du greffe : 35518.

2014 : 9 octobre; 2015 : 28 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03c).

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'autonomie gouvernementale. En réponse à ces objectifs — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme condition d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année. Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, était âgé de 76 ans et possédait une 10e année. Malgré le fait qu'il avait été chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, M. Taypotat a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la

educational requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because "educational attainment is analogous to race and age" for the purposes of s. 15(1). In the Federal Court, de Montigny J. dismissed the application. The Federal Court of Appeal allowed the appeal. The grounds on which it based its decision, age and residence on a reserve, were not pleaded.

Held: The appeal should be allowed and the decision of de Montigny J. restored.

The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It requires a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. The focus of s. 15 is on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual's membership in an enumerated or analogous group. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with substantive equality.

The first part of the s. 15 analysis asks whether a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage.

To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim.

While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on

constitutionnalité de l'exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12e année. Seule la question constitutionnelle reste à trancher par la Cour. Selon les prétentions de M. Taypotat, le fait d'exiger un niveau de scolarité de 12e année violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l'âge » pour l'application du par. 15(1). En Cour fédérale, le juge de Montigny a rejeté la demande. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel. Les motifs sur lesquels cette dernière a fondé sa décision, soit l'âge et le fait de résider dans une réserve, n'ont pas été plaidés.

Arrêt : L'appel est accueilli et la décision du juge de Montigny est rétablie.

L'approche relative à l'art. 15 a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Elle exige une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. L'article 15 vise les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c'est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard d'une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. L'analyse fondée sur le par. 15(1) porte donc sur l'égalité réelle.

Le premier volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 consiste donc à se demander si une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le second volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes.

Pour établir qu'il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l'analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande.

Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire dépend du fait qu'il n'existe pas le moindre

members of an enumerated or analogous group. There is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kahkewistahaw First Nation. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve.

Statistical evidence is not always required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. Accordingly, the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* do not represent a *prima facie* violation of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; **referred to:** *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Kahkewistahaw Election Act [en. pursuant to the *Order Amending the Indian Bands Council Elections Order (Kahkewistahaw)*, SOR/2011-49], ss. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).

élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré ou analogue. Nous ne disposons pratiquement d'aucun élément de preuve quant aux rapports entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw. Nous ne disposons non plus d'aucun élément de preuve au sujet de l'effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve.

Il n'est pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. En conséquence, les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ne constituent pas à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), titre VII.
Kahkewistahaw Election Act [éd. en vertu de l'*Arrêté modifiant l'Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes (Kahkewistahaw)*, DORS/2011-49], art. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Statistics Canada. *Educational Portrait of Canada, 2006 Census*. Ottawa: Minister of Industry, 2008.

Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*. C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: https://www.cdhowe.org/), 2008.

Smith, Lynn, and William Black. "The Equality Rights" (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Mainville and Near JJ.A.), 2013 FCA 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), setting aside a decision of de Montigny J., 2012 FC 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] F.C.J. No. 1125 (QL), 2012 CarswellNat 3389 (WL Can.). Appeal allowed.

Eugene Meehan, *Q.C.*, *Marie-France Major*, *James D. Jodouin* and *Marcus R. Davies*, for the appellants.

Mervin C. Phillips and *Leane Phillips*, for the respondent.

The judgment of the court was delivered by

[1] Abella J. — In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government:

In our public hearings, Aboriginal parents, elders, youth and leaders came forward to tell us of the vital importance of education in achieving their vision of a prosperous future. Education is seen as the vehicle for both enhancing the life of the individual and reaching collective goals.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, la Commission, 1996.

Canada. Statistique Canada. *Portrait de la scolarité au Canada, Recensement de 2006*, Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008.

Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*, C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: https://www.cdhowe.org/), 2008.

Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Mainville et Near), 2013 CAF 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge de Montigny, 2012 CF 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] A.C.F. nº 1125 (QL), 2012 CarswellNat 4918 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eugene Meehan, *c.r.*, *Marie-France Major*, *James D. Jodouin* et *Marcus R. Davies*, pour les appelants.

Mervin C. Phillips et *Leane Phillips*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] La juge Abella — Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'autonomie gouvernementale :

Aux audiences de la Commission, des parents, des anciens, des jeunes et des dirigeants autochtones nous ont dit que l'éducation était la clé de leur avenir, l'élément qui leur permettrait de réaliser leur rêve de prospérité. Ils voient dans l'éducation le moyen d'enrichir la vie des individus et de réaliser les objectifs collectifs.

. . .

Over the past two decades, as the determination to re-establish self-governing nations has gathered momentum, Aboriginal people have repeatedly stressed the importance of building their capacity to operate contemporary self-governing structures. . . .

. . .

. . . Education is essential to hone the talents needed to assume the responsibilities of the present and future . . . .

(*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength* (1996), at pp. 433 and 540-41)

[2] In response to these aspirational goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. This had the effect of preventing Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, from running again for office. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. The only remaining issue in this appeal is the constitutional challenge.

Background

[3] The Department of Indian Affairs and Northern Development has an established process by which First Nations communities who have been subject to the election provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, can elect their leaders under their own Election Codes. Before the Minister authorizes a community to take this step, the community has to prepare a written election code which meets certain minimum requirements, including compliance with the *Canadian Charter of Rights*

. . .

Au cours des 20 dernières années, la volonté de rétablir des nations autonomes s'est affirmée et les autochtones ont constamment répété combien il était important de leur donner les moyens d'assurer le fonctionnement de structures autonomes contemporaines. . .

. . .

. . . il est indispensable de développer les talents dont on a besoin pour assumer les responsabilités d'aujourd'hui et de demain . . .

(*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement* (1996), p. 489 et 613-615)

[2] En réponse à ces objectifs ambitieux — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme conditions d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année. Cette exigence a eu pour effet d'empêcher Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, de briguer de nouveau ce poste. Malgré le fait que M. Taypotat était chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, il a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la constitutionnalité de l'exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12e année. La seule question qu'il reste à trancher en l'espèce est celle de la constitutionnalité.

Contexte

[3] Le Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a établi un processus suivant lequel les Premières Nations qui sont assujetties aux dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, peuvent élire leurs représentants conformément à leur propre code électoral. Avant que le ministre ne l'autorise à entreprendre cette démarche, une collectivité doit rédiger un code électoral qui satisfait à certaines exigences minimales, notamment celle d'être conforme à la *Charte canadienne*

and Freedoms. A majority of the voting members of the First Nation must be in favour of the Code.

[4] Louis Taypotat is 76 years old. He is a member of the Kahkewistahaw First Nation, a community of approximately 2,000 people in Saskatchewan. He has a Grade 10 education and received an honorary diploma from the Saskatchewan Indian Institute of Technology in recognition of his service to his community. He was the elected Chief of the Kahkewistahaw First Nation for a total of more than 27 years — from 1973 to 1989, from 1992 to 1993 and from 1997 to 2007. His elections were held under the procedure set out in the *Indian Act*.

[5] In the late 1990s, the Kahkewistahaw First Nation began the process of developing its own community Election Code. The community consultation to develop and ratify the code took 13 years. Much of the process, which was conducted publicly and openly, was under the guidance of Louis Taypotat as Chief.

[6] The first draft of the Code was developed in 1998. It included a provision that required candidates for Chief or Band Councillor to have "formal education at a post-secondary level or equivalent education/experience". Subsequent drafts, including the final version, specified that candidates are required to have at least a Grade 12 education: *Kahkewistahaw Election Act,* s. 9.03(c). Candidates have to demonstrate to the Electoral Officer that they have the requisite level of education before they are permitted to run: *Kahkewistahaw Election Act*, s. 10.01(d).

[7] The first ratification vote of the final version of the Code, the *Kahkewistahaw Election Act*, was held in September 2008 while Louis Taypotat was Chief. Turnout was too low to reflect the support required by the Department. A second ratification vote was held in March 2009. Turnout was again too low

des droits et libertés. La majorité des membres de la Première Nation ayant droit de vote doit appuyer le code.

[4] Louis Taypotat est âgé de 76 ans. Il est membre de la Première Nation de Kahkewistahaw, une collectivité de quelque 2000 personnes de la Saskatchewan. Il possède une 10e année et a reçu un diplôme honorifique de la Saskatchewan Indian Institute of Technology en reconnaissance de services rendus à sa communauté. M. Taypotat a occupé les fonctions de chef élu de la Première Nation de Kahkewistahaw pendant plus de 27 ans — de 1973 à 1989, de 1992 à 1993, puis de 1997 à 2007. Ces élections ont été organisées conformément à la procédure prévue par la *Loi sur les Indiens*.

[5] À la fin des années 90, la Première Nation de Kahkewistahaw a entrepris l'élaboration de son propre code électoral communautaire. Le processus de consultation des membres de la Première Nation en vue d'élaborer et de ratifier le code a duré 13 ans. Une bonne partie de ce processus, qui s'est déroulé de façon publique et transparente, a été menée sous la direction de Louis Taypotat, en sa qualité de chef.

[6] Une première ébauche du code a été rédigée en 1998. Elle comprenait une disposition exigeant que les candidats aient [TRADUCTION] « un niveau de scolarité postsecondaire ou une formation/expérience équivalente » pour être éligibles au poste de chef ou de conseiller de la bande. Les versions subséquentes, y compris la version définitive, précisaient que les candidats devaient avoir un niveau de scolarité minimum de 12e année (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 9.03(c)). Pour être autorisé à se porter candidat lors d'une élection, l'intéressé doit démontrer au fonctionnaire électoral qu'il possède le niveau de scolarité exigé (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 10.01(d)).

[7] Un premier vote de ratification de la version définitive du code, la *Kahkewistahaw Election Act*, a eu lieu en septembre 2008, alors que Louis Taypotat était chef. La participation électorale était trop faible pour que le Ministère considère que l'appui nécessaire avait été obtenu. Un second vote de ratification

to satisfy the Department. As a result, the Department approved a "continuation vote" to supplement the second vote. In order to ensure its integrity, only members who had not voted in the second vote were eligible to vote in the continuation vote. It was held in January 2010.

[8] The continuation vote resulted in the *Kahkewistahaw Election Act* getting between 84 and 85 per cent approval. As a result, the Department removed the Kahkewistahaw First Nation from the election provisions of the *Indian Act* and authorized it to operate pursuant to its own *Kahkewistahaw Election Act* on February 18, 2011.

[9] The first election under the *Kahkewistahaw Election Act* was scheduled for May 13, 2011. Louis Taypotat submitted documents to enable him to run as a candidate for Chief, but the Electoral Officer refused to certify his candidacy because he did not demonstrate that he had a Grade 12 or equivalent level of education. His nephew, Sheldon Taypotat, who had previously been elected as Chief in May 2009, in the last election held under the *Indian Act*, became Chief.

[10] Louis Taypotat brought an application for judicial review of the *Kahkewistahaw Election Act* process. Of particular relevance, he argued that the Grade 12 educational requirement violated s. 15(1) of the *Charter* because "educational attainment is analogous to race and age" for the purposes of s. 15(1).

[11] The Federal Court dismissed the application. Justice de Montigny held that Louis Taypotat had produced no evidence to demonstrate that education was an analogous ground for the purposes of s. 15.

[12] On appeal, Louis Taypotat advanced 10 separate grounds. The newly formulated basis for his s. 15 submission, which had not been raised in his application for judicial review to the Federal Court,

a eu lieu en mars 2009. Le taux de participation se situait encore en deçà du minimum exigé par le Ministère. Par conséquent, celui-ci a autorisé une « prolongation » de ce 2e vote. Pour assurer l'intégrité du processus, seuls les membres qui n'avaient pas participé au second vote avaient le droit de voter lors de la prolongation du vote qui s'est tenue en janvier 2010.

[8] La prolongation du vote a permis à la *Kahkewistahaw Election Act* de recueillir entre 84 et 85 pour 100 d'appuis. Ainsi, le 18 février 2011, le Ministère a soustrait la Première Nation de Kahkewistahaw à l'application des dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et l'a autorisée à appliquer désormais sa propre loi électorale.

[9] La première élection organisée sous le régime de la *Kahkewistahaw Election Act* devait avoir lieu le 13 mai 2011. Louis Taypotat a soumis des documents afin de pouvoir briguer le poste de chef, mais le fonctionnaire électoral a refusé de donner son aval à sa candidature parce que M. Taypotat n'avait pas démontré qu'il avait 12 années de scolarité ou l'équivalent. Son neveu, Sheldon Taypotat, qui avait antérieurement été élu chef en mai 2009, lors du dernier scrutin tenu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, est alors devenu chef.

[10] Louis Taypotat a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard du processus prévu par la *Kahkewistahaw Election Act*. Il soutenait plus particulièrement que le fait d'exiger un niveau de scolarité de 12e année violait le par. 15(1) de la *Charte*, parce que [TRADUCTION] « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l'âge » pour l'application du par. 15(1).

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande. Le juge de Montigny a estimé que Louis Taypotat n'avait soumis aucun élément de preuve démontrant que le niveau de scolarité constituait un motif analogue pour l'application de l'art. 15.

[12] En appel, Louis Taypotat a invoqué 10 moyens distincts. Au soutien de son argument fondé sur l'art. 15, il faisait désormais valoir — ce qu'il n'avait pas allégué dans sa demande de contrôle

was that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15.

[13] Although it dismissed nine of the grounds for appeal "without difficulty", the Federal Court of Appeal allowed Mr. Taypotat's claim under s. 15 of the *Charter*. It did not deal explicitly with the argument that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15, but concluded instead, even though it was not pleaded, that the education requirement had a discriminatory impact on the basis of age. In addition, without anyone having raised the issue, it found the education requirement discriminated on the basis of "residence on a reserve".

[14] Before this Court, Louis Taypotat relied on the Federal Court of Appeal's conclusions to reformulate his s. 15 claim. He now argues that the education requirement violates s. 15(1) because it has a disproportionate effect on older community members who live on a reserve.

[15] While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls not on the existence of the requirement, but on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on members of an enumerated or analogous group.

Analysis

[16] The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It clarifies that s. 15(1) of the *Charter* requires a "flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant

judiciaire présentée en Cour fédérale — que les survivants des pensionnats indiens qui ne possédaient pas un niveau de scolarité de 12e année formaient un groupe analogue pour l'application de l'art. 15.

[13] Bien qu'elle ait rejeté « sans difficulté » neuf des moyens d'appel en question, la Cour d'appel fédérale a retenu l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. La cour n'a pas examiné explicitement l'argument suivant lequel les survivants des pensionnats indiens qui n'avaient pas un niveau de scolarité de 12e année formaient un groupe analogue pour l'application de l'art. 15, mais elle a plutôt conclu, même si cela n'avait pas été plaidé, que l'exigence concernant le niveau de scolarité avait un effet discriminatoire fondé sur l'âge. De plus, sans que personne n'ait soulevé la question, elle a conclu que cette exigence créait une discrimination fondée sur « la résidence dans une réserve ».

[14] Devant la Cour, Louis Taypotat s'est fondé sur les conclusions de la Cour d'appel fédérale pour reformuler sa prétention fondée sur l'art. 15. Maintenant, il fait valoir que l'exigence relative au niveau de scolarité viole le par. 15(1) parce qu'elle a un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité qui vivent dans une réserve.

[15] Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire ne dépend pas de l'existence de cette exigence, mais bien du fait qu'il n'existe pas le moindre élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré ou analogue.

Analyse

[16] L'approche relative au par. 15(1) a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Cet arrêt a clarifié le fait que le par. 15(1) de la *Charte* exige « une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer

because of his or her membership in an enumerated or analogous group": para. 331 (emphasis added).

[17] This Court has repeatedly confirmed that s. 15 protects substantive equality: *Quebec v. A*, at para. 325; *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. As McIntyre J. observed in *Andrews*, such an approach rests on the idea that not every difference in treatment will necessarily result in inequality and that identical treatment may frequently produce serious inequality: p. 164.

[18] The focus of s. 15 is therefore on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual's membership in an enumerated or analogous group: *Andrews*, at pp. 174-75; *Quebec v. A*, at para. 331. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with the social and economic context in which a claim of inequality arises, and with the effects of the challenged law or action on the claimant group: *Quebec v. A*, at para. 331.

[19] The first part of the s. 15 analysis therefore asks whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. Limiting claims to enumerated or analogous grounds, which "stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination", screens out those claims "having nothing to do with substantive equality and helps keep the focus on equality for groups that are disadvantaged in the larger social and economic context": *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8; Lynn Smith and William Black, "The Equality Rights" (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336. Claimants may frame

un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, *du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue* » (par. 331 (italiques ajoutés)).

[17] La Cour a confirmé à maintes reprises que l'art. 15 protège l'égalité réelle (*Québec c. A*, par. 325; *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. Ainsi que le juge McIntyre l'a fait observer dans l'arrêt *Andrews*, cette approche repose sur l'idée que toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 164).

[18] L'article 15 vise donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c'est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard d'une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (*Andrews*, p. 174-175; *Québec c. A*, par. 331). L'analyse à laquelle on procède pour l'application du par. 15(1) s'intéresse donc au contexte social et économique dans lequel s'inscrit la plainte d'inégalité et aux effets de la loi ou de l'acte contesté sur le groupe demandeur (*Québec c. A*, par. 331).

[19] Le premier volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Limiter les demandes à celles fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui « constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » —, permet d'écarter « les demandes [TRADUCTION] qui n'ont rien à voir avec l'égalité réelle et de mettre l'accent sur l'égalité dans le cas de groupes qui sont défavorisés dans un contexte social et économique plus large » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,

their claim in terms of one protected ground or several, depending on the conduct at issue and how it interacts with the disadvantage imposed on members of the claimant's group: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 37.

[20] The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage:

> The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. [*Quebec v. A*, at para. 332]

[21] To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim, but "evidence that goes to establishing a claimant's historical position of disadvantage" will be relevant: *Withler*, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 327.

[22] The question in this case is which "enumerated or analogous group" faces discrimination, and whether Mr. Taypotat has established that the education requirement set out in the *Kahkewistahaw Election Act* has a disproportionate effect on the members of any such group.

[23] There is no question that education requirements for employment could, in certain circumstances, be shown to have a discriminatory impact in violation of s. 15. In *Griggs v. Duke Power Co.*, 401

[1999] 2 R.C.S. 203, par. 8; Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Le demandeur peut fonder son allégation sur un ou sur plusieurs motifs, selon l'acte de l'État en cause et son interaction avec le désavantage infligé aux membres du groupe dont il fait partie (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 37).

[20] Le second volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes :

> À la base, l'art. 15 résulte d'une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu'il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l'État qui ont pour effet d'élargir, au lieu de rétrécir, l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. [*Québec c. A*, par. 332]

[21] Pour établir qu'il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l'analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande, mais « les éléments tendant à prouver qu'un demandeur a été historiquement désavantagé » seront pertinents (*Withler*, par. 38; *Québec c. A*, par. 327).

[22] Il s'agit en l'espèce de déterminer quel « groupe énuméré ou analogue » est victime de discrimination et si M. Taypotat a démontré que l'exigence relative au niveau de scolarité prévue par la *Kahkewistahaw Election Act* a un effet disproportionné sur les membres de ce groupe.

[23] Incontestablement, il serait possible de démontrer que le niveau de scolarité requis pour un emploi peut, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire en violation de l'art. 15. Dans l'arrêt

U.S. 424 (1971), for example, the United States Supreme Court concluded that it was a violation of Title VII of the *Civil Rights Act of 1964* for an employer to require that employees have a high school diploma to work as, among other things, a coal handler or in maintenance at a power plant. The effect of this facially neutral requirement was to disproportionately exclude African Americans from positions in the plant. The court concluded that:

> . . . practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to "freeze" the status quo of prior discriminatory employment practices. [p. 430]

As the court observed, employment requirements that are unrelated to measuring job capability can operate as "built-in headwinds" for minority groups, and will therefore be discriminatory: p. 432. See also *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

[24] In this case, however, there is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kahkewistahaw First Nation to demonstrate the operation of such a "headwind". Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups.

[25] That may well be because the bases on which the Federal Court of Appeal decided the s. 15 issue — age and residence on a reserve — were not pleaded by Louis Taypotat either in his judicial review application or as a ground of appeal from the Federal Court to the Federal Court of Appeal. The Federal Court of Appeal instead appears to have raised the issues on its own initiative.

Griggs c. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), par exemple, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l'employeur qui obligeait ses employés à être titulaires d'un diplôme d'études secondaires pour pouvoir travailler, notamment, comme manutentionnaire de charbon ou préposé à la maintenance dans une centrale électrique contrevenait au titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Cette exigence apparemment neutre avait pour effet d'exclure de façon disproportionnée les Afro-Américains de certains postes dans cette usine. La cour a conclu :

> [TRADUCTION] . . . les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l'intention, ne peuvent être maintenus s'ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d'embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

Ainsi que la cour l'a fait observer, des exigences en matière d'emploi qui n'ont rien à voir avec l'évaluation de l'aptitude à accomplir le travail peuvent constituer des [TRADUCTION] « obstacles inhérents » pour les groupes minoritaires et seront donc discriminatoires (p. 432). Voir également *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

[24] En l'espèce, toutefois, nous ne disposons pratiquement d'aucun élément de preuve quant aux rapports entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw qui démontre qu'intervient un tel « obstacle ». Nous ne disposons non plus d'aucun élément de preuve au sujet de l'effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes.

[25] Cette situation s'explique vraisemblablement par le fait que les motifs sur lesquels la Cour d'appel fédérale s'est fondée pour trancher la question relative à l'art. 15 — l'âge et le fait de résider dans une réserve — n'avaient été invoqués par Louis Taypotat ni dans sa demande de contrôle judiciaire, ni comme moyen d'appel devant cette cour qui semble plutôt avoir soulevé cette question de son propre chef.

[26] In *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 41, this Court clarified that an appellate court may only raise new issues on its own initiative when failing to do so would risk an injustice. The court must also be satisfied that there is a "sufficient basis in the record on which to resolve the issue": para. 51. The Federal Court of Appeal's decision to raise the issue of residence on a reserve on its own initiative is particularly troubling because "residence on a reserve" has not been recognized as an analogous ground for the purposes of s. 15. *Corbiere* recognized *off-reserve* residence as an analogous ground, but declined to address whether residence on a reserve would similarly trigger the protection of s. 15: paras. 6 and 62. The Court's recognition of off-reserve residence as an analogous ground in *Corbiere* relied in part on the argument that First Nations people living off-reserve have experienced unique disadvantages relative to community members living on a reserve and that, for many, the decision to live off-reserve was either forced or heavily constrained. With respect, I would be reluctant to impose a simple mirror inference without argument or evidence from the parties.

[27] In this case, there was no factual record to support deciding the appeal as a violation of the s. 15 rights of community members who live on a reserve. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve. The only evidence on the record dealing with education and residence on a reserve covers First Nations persons between 20 and 24 in Saskatchewan as a whole. The data does not address education levels among other age groups: John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (online) (the "C.D. Howe Report"), at p. 4.

[26] Dans l'arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689, la Cour a précisé qu'une juridiction d'appel ne peut soulever une nouvelle question de sa propre initiative que si son omission de le faire risquait d'entraîner une injustice (par. 41). La cour doit également être convaincue « qu'il y a suffisamment d'éléments au dossier pour la trancher » (par. 51). La décision de la Cour d'appel fédérale de soulever la question du fait de résider dans la réserve de son propre chef est particulièrement troublante parce que « le fait de résider dans une réserve » n'a pas été reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés à l'art. 15. Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour a reconnu que le fait de vivre *hors réserve* constituait un motif analogue, mais a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le fait de vivre dans une réserve déclenchera également la protection de l'art. 15 (par. 6 et 62). La décision de la Cour de reconnaître la résidence hors réserve comme motif analogue dans l'arrêt *Corbiere* reposait en partie sur l'argument suivant lequel les membres des Premières Nations vivant hors réserve avaient subi des désavantages uniques par rapport aux membres de la collectivité vivant dans les réserves et que, pour bon nombre d'entre eux, la décision de vivre hors réserve avait été imposée ou avait été prise à contrecœur. En toute déférence, j'hésiterais à imposer une simple inférence identique sans disposer d'argument ou de preuve présentés par les parties.

[27] En l'espèce, le dossier factuel ne permettait pas de trancher l'appel sous l'angle d'une violation des droits garantis par l'art. 15 aux membres de la collectivité vivant dans une réserve. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve. Les seuls éléments de preuve au dossier qui ont trait au niveau de scolarité et au fait de résider dans une réserve traitent des autochtones âgés de 20 à 24 ans qui vivent dans l'ensemble de la Saskatchewan. Les données sont muettes quant au niveau d'instruction des membres des autres groupes d'âge. (John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (en ligne) (le « rapport de l'Institut C.D. Howe »), p. 4.)

[28] Finally, even if it had been properly raised and argued by the parties, I have serious doubts about the merits of the argument that the education requirements in the *Kahkewistahaw Election Act* have the effect of imposing arbitrary disadvantage on community members based on their residence on the reserve. The *Kahkewistahaw Election Act* specifically requires that the Chief and three of the four Councillors *must* reside on the reserve during their term: ss. 9.04 and 9.05. Far from having the effect of excluding community members who live on the reserve, the *Kahkewistahaw Election Act* is specifically designed to foster their participation in community governance. As a result, in the context of the *Kahkewistahaw Election Act* as a whole, it is difficult to conclude that it has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage against these community members.

[28] Enfin, même s'il avait été régulièrement soulevé et plaidé par les parties, j'ai de sérieuses réserves au sujet du bien-fondé de l'argument suivant lequel les exigences de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ont pour effet d'imposer un désavantage arbitraire aux membres de la collectivité du fait qu'ils résident dans la réserve. La *Kahkewistahaw Election Act* prévoit expressément que le chef et trois des quatre conseillers *doivent* résider dans la réserve au cours de leur mandat (art. 9.04 et 9.05). Loin d'avoir pour effet d'exclure les membres de la collectivité qui vivent dans la réserve, la *Kahkewistahaw Election Act* est expressément conçue pour favoriser leur participation à la gestion des affaires de la collectivité. Par conséquent, dans le contexte de la *Kahkewistahaw Election Act* dans son ensemble, il est difficile de conclure que celle-ci a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'encontre de ces membres de la collectivité.

[29] Accordingly, in my view the Court of Appeal erred in concluding that the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* represent a *prima facie* violation of the s. 15 rights of community members who live on the reserve.

[29] En conséquence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité constituent à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15 aux membres de la collectivité qui vivent dans la réserve.

[30] Turning to the conclusion reached by the Federal Court of Appeal that the education requirements discriminate against older members of the community, we confront similar evidentiary vacuums. The Federal Court of Appeal relied on two pieces of statistical evidence in support of this conclusion. The first was data from the 2006 census, about which the Federal Court of Appeal took judicial notice. That data showed that

> 15% of Canadians between the age of 25 and 64 had less than a high school education. However, this number increases considerably with age, ranging from 11% for 25-34 year olds to 23% for 55-64 year olds: Statistics Canada, *Educational Portrait of Canada*, 2006 Census (Ottawa: Minister of Industry, 2008) at p. 10 (Catalogue number 97-560). [para. 52]

[30] En ce qui concerne la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale suivant laquelle les exigences relatives au niveau de scolarité établissent une discrimination à l'encontre des membres plus âgés de la collectivité, nous nous heurtons aux mêmes lacunes sur le plan de la preuve. La Cour d'appel fédérale s'est fondée sur deux éléments de preuve statistique pour tirer cette conclusion. Il s'agit dans le premier cas de données provenant du recensement de 2006 dont la Cour d'appel fédérale a pris connaissance d'office. Ces données démontraient que

> 15 p. cent des Canadiens entre les âges de 25 et 64 ans n'avaient pas terminé leurs études secondaires. Cependant, ce nombre augmente considérablement avec l'âge, allant de 11 p. cent chez les 25 à 34 ans à 23 p. cent chez les 55 à 64 ans; Statistique Canada, *Portrait de la scolarité au Canada*, Recensement de 2006 (Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008), p. 10 (numéro de catalogue 97-560). [par. 52]

[31] Census data can certainly be a useful evidentiary tool to demonstrate that a law has a disadvantaging impact. But this case is about a particular Election Code in a particular First Nations community. I find it difficult to draw even a weak inference about the correlation between age and education among the almost 2000 members of the Kahkewistahaw First Nation from census data about the Canadian population generally. As a result, in my respectful view, the Court of Appeal erred in taking judicial notice of this data as a key to its conclusion that the Kahkewistahaw First Nation's Election Code would have a disadvantaging effect on older community members.

[32] The second statistical basis for the Federal Court of Appeal's finding was aggregate educational data in the C.D. Howe Report dealing with all aboriginal people in Canada: pp. 4-5. The Federal Court of Appeal used this data to conclude that the provision would have a disproportionate impact on older community members in the Kahkewistahaw First Nation. But the data relates to all Aboriginal people in Canada, including the Métis, the Inuit, and First Nations. It is less helpful in shedding light on the relationship between age and education in the specific context of the members of the Kahkewistahaw First Nation. It captures a vastly larger, more diverse population than the community affected by the Code in this case and does not meaningfully illuminate whether and to what extent the Grade 12 education requirement functions to disadvantage older community members of the Kahkewistahaw First Nation.

[33] Finally, in his submissions before this Court, Mr. Taypotat reframed the Federal Court of Appeal's conclusion slightly, asserting that the education provisions discriminate against *older community members who live on a reserve*, rather than, as the Court of Appeal found, against both older community

[31] Les données tirées de recensements peuvent certainement s'avérer un moyen de preuve utile pour démontrer qu'une loi a un effet défavorable. Mais la présente affaire porte sur un code électoral particulier applicable dans une collectivité des Premières Nations donnée. J'ai du mal à tirer la moindre inférence sur la corrélation entre l'âge et le niveau de scolarité des quelque 2 000 membres de la Première Nation de Kahkewistahaw à partir de données d'un recensement portant sur l'ensemble de la population canadienne. Soit dit en tout respect, j'en conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en prenant connaissance d'office de ces données et en les considérant comme un élément déterminant pour conclure que le code électoral de la Première Nation de Kahkewistahaw défavoriserait les membres plus âgés de la collectivité.

[32] Le second fondement statistique sur lequel repose la conclusion de la Cour d'appel fédérale est un ensemble de données relatives à l'éducation qui figurent dans le rapport de l'Institut C.D. Howe sur les peuples autochtones au Canada (p. 4-5). La Cour d'appel fédérale s'est servie de ces données pour conclure que la disposition en cause aurait un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité de la Première Nation de Kahkewistahaw. Or, les données en question se rapportent à tous les Autochtones du Canada, y compris les Métis, les Inuits et les membres des Premières Nations. Ces éléments de preuve sont moins utiles lorsqu'il s'agit d'apporter des éclaircissements sur les liens qui existent entre l'âge et le niveau d'instruction dans le contexte bien précis des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw. Ils visent une population beaucoup plus vaste et diversifiée que celle que vise le code en l'espèce et ils ne nous éclairent pas vraiment sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'avoir un niveau de scolarité de 12e année a pour effet de défavoriser les membres plus âgés de la Première Nation de Kahkewistahaw.

[33] Enfin, dans les arguments qu'il a présentés devant la Cour, M. Taypotat a reformulé légèrement la conclusion de la Cour d'appel fédérale en faisant valoir que les dispositions relatives au niveau de scolarité créent une discrimination contre les *membres plus âgés de la collectivité qui vivent*

members *and* those who live on the reserve. On this issue, too, the record is silent and we are left only with Mr. Taypotat's bare assertion. This is not to say that statistical evidence is invariably required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground.

[34] I think intuition may well lead us to the conclusion that the provision has some disparate impact, but before we put the Kahkewistahaw First Nation to the burden of justifying a breach of s. 15 in its *Kahkewistahaw Election Act*, there must be enough evidence to show a *prima facie* breach. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. The evidence before us, even in combination, does not rise to the level of demonstrating any relationship between age, residence on a reserve, and education among members of the Kahkewistahaw First Nation, let alone that arbitrary disadvantage results from the impugned provisions.

[35] I would therefore allow the appeal with costs and restore the decision of de Montigny J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Phillips & Co., Regina.

dans une réserve plutôt que, comme la Cour d'appel l'avait conclu, contre à la fois les membres plus âgés de la collectivité *et* ceux qui vivent dans la réserve. Sur cette question, là encore, le dossier est muet et nous ne disposons que de la simple affirmation de M. Taypotat. Cela ne veut pas dire qu'il soit toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue.

[34] Je crois que l'intuition peut fort bien nous amener à la conclusion que la disposition en question produit des effets distincts sur certains groupes, mais avant d'exiger de la Première Nation de Kahkewistahaw qu'elle justifie la violation de l'art. 15 dans sa *Kahkewistahaw Election Act*, il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une atteinte à première vue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. Les éléments de preuve au dossier ne sont pas suffisants — même lorsqu'on les combine — pour démontrer qu'il existe un rapport entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw, et encore moins pour établir qu'un désavantage arbitraire découle des dispositions contestées.

[35] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge de Montigny.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé : Phillips & Co., Regina.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Anthony Barnaby *Respondent*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Barnaby

2015 SCC 31

File No.: 35548.

Hearing and judgment: April 23, 2015.

Reasons delivered: May 29, 2015.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable — Whether extraditing accused to possibly be subjected to a fourth trial would be contrary to principles of fundamental justice.

The Minister of Justice ordered the surrender of B and a co-accused, C, to the U.S. on charges of first and second degree murder. B proceeded to trial on those charges on three occasions, in 1989 and 1990. Each trial ended in a hung jury. In 2010, the New Hampshire State authorities reopened the investigation into the alleged crimes and in 2011, evidence seized from the crime scene was submitted for DNA testing using techniques that were not available at the time of the initial investigation. C's profile was identified but the new DNA evidence did not directly link B to the crimes. On judicial review, the Court of Appeal of Quebec concluded that there was no new evidence against B and that a fourth trial would be contrary to the protection afforded by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Hence, the Minister of Justice's decision to surrender B was unreasonable in the circumstances. B's application for judicial review was granted and the Minister's surrender order was quashed.

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Anthony Barnaby *Intimé*

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Barnaby

2015 CSC 31

N° du greffe : 35548.

Audition et jugement : 23 avril 2015.

Motifs déposés : 29 mai 2015.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable? — Extrader l'accusé de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevient-il aux principes de justice fondamentale?

Le ministre de la Justice a ordonné l'extradition de B et d'un coaccusé, C, vers les États-Unis, où ils étaient accusés de meurtres aux premier et deuxième degrés. B a fait l'objet de trois procès pour ces accusations, en 1989 et en 1990. Chaque fois, le jury s'est retrouvé dans l'impasse. En 2010, les autorités de l'État du New Hampshire ont rouvert l'enquête sur les crimes allégués et, en 2011, des éléments de preuve recueillis sur la scène de crime ont été soumis à une analyse génétique à l'aide de techniques qui n'existaient pas lors de l'enquête initiale. Le profil génétique alors établi a permis d'identifier C, mais pas de relier directement B aux crimes. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel du Québec a conclu qu'il n'y avait pas de preuve nouvelle contre B et qu'un quatrième procès serait contraire à la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition de B n'était donc pas raisonnable dans les circonstances. La demande de contrôle judiciaire de B a été accueillie, et l'arrêté d'extradition a été annulé.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the Minister of Justice reinstated.

The Minister's decision to surrender B was reasonable and the Court of Appeal erred in finding otherwise. The issue before the Court of Appeal was whether extraditing B to face a situation in which he may be subjected to a fourth trial would be contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter* so as to "shock the conscience" or otherwise be "unjust or oppressive" under s. 44(1) of the *Extradition Act*. The possibility of holding a fourth trial so many years after the alleged crime does not sufficiently violate our sense of fundamental justice to tilt the balance against extradition. Canadian case law suggests that fourth trials are permissible in some circumstances, and the United States case law takes a broadly similar approach. B will be able to raise all of his arguments about the unfairness of a fourth trial and his objections to the purported new evidence before the court in New Hampshire. The particular treatment awaiting B in New Hampshire cannot reasonably be seen as violating our sense of fundamental justice so as to justify refusal of surrender. Further, a refusal of surrender is deeply inconsistent with the principles of international cooperation that are the foundation of an extradition treaty. Canada is expected to defer to the foreign courts on matters of due process. This is not a case in which intervention is warranted.

Cases Cited

Referred to: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *R. v. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, leave to appeal refused, [2014] 3 S.C.R. v; *R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671; *Caplin v. Canada (Justice)*, 2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 570; *Germany (Federal Republic) v. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xiv; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1).
New Hampshire Constitution, Part 1, Article 14.
United States Constitution.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, et la décision du ministre de la Justice est rétablie.

La décision du ministre de la Justice d'extrader B était raisonnable, et la Cour d'appel a eu tort de conclure le contraire. La Cour d'appel devait se demander si extrader B de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevenait aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*, de sorte que la mesure « choque la conscience » ou soit par ailleurs « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition*. La possibilité d'un quatrième procès si longtemps après la perpétration du crime allégué ne porte pas suffisamment atteinte à notre conception de la justice fondamentale pour que la balance penche contre l'extradition. Les tribunaux canadiens ont statué qu'un quatrième procès pouvait être envisagé dans certains cas, et les tribunaux américains ont grosso modo opiné dans le même sens. B pourra faire valoir tous ses arguments relatifs au caractère inéquitable d'un quatrième procès et ses motifs d'opposition à la preuve dite nouvelle devant le tribunal du New Hampshire. On ne peut raisonnablement considérer que le traitement donné qui attend B au New Hampshire heurte notre conception de la justice fondamentale au point de justifier le refus de l'extradition. Qui plus est, un refus d'extradition est foncièrement incompatible avec les principes de la collaboration internationale qui constituent le fondement d'un traité d'extradition. Le Canada est censé s'en remettre au tribunal étranger pour ce qui touche à l'application régulière de la loi. L'intervention judiciaire n'est pas justifiée en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *R. c. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, autorisation d'appel refusée, [2014] 3 R.C.S. v; *R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671; *Caplin c. Canada (Justice)*, 2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 570; *Germany (Federal Republic) c. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339, autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xiv; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Constitution des États-Unis d'Amérique.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1).
New Hampshire Constitution, Part 1, Article 14.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Levesque and Savard JJ.A.), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), allowing an application for judicial review from a surrender order made by the Minister of Justice. Appeal allowed.

Marc Ribeiro and *Ginette Gobeil*, for the appellant.

Clemente Monterosso and *Marie-Philippe Tanguay*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The Minister of Justice's decision to surrender Mr. Barnaby was reasonable. In our view, the Court of Appeal erred in finding otherwise.

[2] First, the Court of Appeal did not apply the correct legal test. The question before the court was whether the Minister's decision to surrender Mr. Barnaby was reasonable. In analyzing this question, the court stated that "the only issue is whether a fourth trial would constitute an abuse of process in his case" (2013 QCCA 1305, at para. 9 (CanLII)). However, the issue was not whether submitting Mr. Barnaby to a fourth trial would constitute an abuse of process — either in Canada or in the United States. Rather, the issue was whether extraditing Mr. Barnaby to face a situation in which he may be subjected to a fourth trial would be contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* so as to "shock the conscience" or otherwise be "unjust or oppressive" under s. 44(1) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. Properly analyzed, this question requires the Minister to engage in a balancing exercise, which recognizes that the principles of fundamental justice usually support extradition: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 69; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 32. It is only where a "particular treatment" in the requesting state — in this case, the possibility of holding a fourth

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Levesque et Savard), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire visant l'arrêté d'extradition pris par le ministre de la Justice. Pourvoi accueilli.

Marc Ribeiro et *Ginette Gobeil*, pour l'appelant.

Clemente Monterosso et *Marie-Philippe Tanguay*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — La décision du ministre de la Justice d'extrader M. Barnaby était raisonnable. À notre avis, la Cour d'appel a eu tort de conclure le contraire.

[2] Premièrement, la Cour d'appel n'applique pas le bon critère juridique. Elle était appelée à déterminer si la décision du ministre d'extrader M. Barnaby était raisonnable. Dans son analyse, elle affirme que [TRADUCTION] « la seule question à trancher est celle de savoir si un quatrième procès constituerait un abus de procédure dans son cas » (2013 QCCA 1305, par. 9 (CanLII)). Or, la question n'était pas de savoir si le fait de soumettre M. Barnaby à un quatrième procès constituerait ou non un abus de procédure, que ce soit au Canada ou aux États-Unis. Il fallait plutôt se demander si extrader M. Barnaby de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que la mesure « choquerait la conscience » ou serait par ailleurs « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18. Suivant une juste analyse, le ministre doit se livrer à une mise en balance qui reconnaît que les principes de justice fondamentale militent généralement en faveur de l'extradition (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 69; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 32). Ce n'est que lorsqu'un « traitement

trial so many years after the alleged crime — sufficiently violates our sense of fundamental justice that the balance will be tilted against extradition: *Burns*, at para. 69.

[3] The Court of Appeal was required to assess the Minister's weighing of the various relevant factors to determine whether his conclusion was reasonable. The court did not do so. In coming to the conclusion that the Minister's surrender order was unreasonable, the court did not turn its mind to the key factors that supported the reasonableness of the Minister's decision. One important benchmark is whether subjecting an accused to a fourth trial under similar circumstances in Canada would constitute a breach of the principles of fundamental justice. It is clear that there is no *per se* rule to that effect. The parties have pointed us to Canadian case law suggesting that fourth trials are permissible in some circumstances: see, e.g., *R. v. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, leave to appeal refused, [2014] 3 S.C.R. v; *R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671 (C.A.). From this, it is apparent that a fourth trial cannot be viewed as invariably constituting a breach of s. 7. All of the circumstances must be assessed.

[4] The material before us is to the effect that the United States case law takes a broadly similar approach. The record shows that, according to the United States authorities, Mr. Barnaby will be able to raise all of his arguments about the unfairness of a fourth trial before the court in New Hampshire, where his due process rights will be protected by Part 1, Article 14 of the New Hampshire Constitution, as well as the United States Constitution. The New Hampshire court will have all of the witnesses and evidence before it and will be in a better position to determine if a fourth trial would be abusive in these circumstances.

[5] To paraphrase *Burns*, the "particular treatment" awaiting Mr. Barnaby in New Hampshire cannot reasonably be seen as violating our sense of

donné » dans l'État requérant — en l'espèce, la possibilité d'un quatrième procès si longtemps après la perpétration du crime allégué — porte suffisamment atteinte à notre conception de la justice fondamentale que la mise en balance sera défavorable à l'extradition (*Burns*, par. 69).

[3] Pour déterminer si la conclusion du ministre était raisonnable, la Cour d'appel devait revoir son appréciation des divers éléments en cause, ce qu'elle n'a pas fait. Pour conclure au caractère déraisonnable de l'arrêté d'extradition, elle omet de considérer les éléments clés qui militent en faveur du caractère raisonnable de l'arrêté. Un critère important consiste à déterminer si soumettre l'accusé à un quatrième procès dans des circonstances comparables au Canada contreviendrait ou non aux principes de justice fondamentale. De toute évidence, il n'existe pas de règle *per se* en ce sens. Les parties invoquent des précédents canadiens suivant lesquels un quatrième procès peut être envisagé dans certains cas (voir p. ex. *R. c. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, autorisation d'appel refusée, [2014] 3 R.C.S. v; *R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671 (C.A.)). Dès lors, on ne peut manifestement pas considérer que la tenue d'un quatrième procès emporte nécessairement la violation de l'art. 7. Il faut apprécier l'ensemble des circonstances.

[4] Selon les éléments dont nous disposons, la démarche des tribunaux américains est grosso modo la même que celle des tribunaux canadiens. Le dossier révèle en effet que, selon les autorités américaines, M. Barnaby pourra faire valoir au New Hampshire tous ses arguments relatifs au caractère inéquitable d'un quatrième procès; ses droits à l'application régulière de la loi y seront protégés par l'art. 14 de la partie 1 de la constitution de l'État, ainsi que par la Constitution des États-Unis. Le tribunal du New Hampshire disposera de toute la preuve et pourra entendre tous les témoins; il sera donc mieux placé pour déterminer s'il est abusif ou non de tenir un quatrième procès.

[5] Pour paraphraser l'arrêt *Burns*, on ne peut raisonnablement considérer que le « traitement donné » qui attend M. Barnaby au New Hampshire

fundamental justice so as to justify refusal of surrender. In fact, it appears that broadly similar principles will be applied in New Hampshire as would be applied here in order to determine whether a fourth trial, under all of the circumstances, is fair and just.

[6] The Court of Appeal also failed to consider the principle of comity and Canada's international obligations. A refusal of surrender is deeply inconsistent with the principles of international cooperation that are the foundation of an extradition treaty. The Minister had to give weight to these principles and the Court of Appeal erred in failing to recognize this.

[7] Turning to the particular circumstances of this case, the Court of Appeal also erred in concluding that there was no "true 'new evidence'" against Mr. Barnaby (para. 13). The foreign authorities certified that there was new evidence against Mr. Barnaby. The Minister noted that Mr. Barnaby failed to explain why he did not feel that this evidence was new. On the record, it is clear that some testimonial evidence relates to facts and conversations that only occurred in recent years. In addition, there is new DNA evidence that, if accepted, would directly implicate his co-accused, Mr. Caplin (see *Caplin v. Canada (Justice)*, 2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 570). In doing so, it would also indirectly implicate Mr. Barnaby. This evidence may be considered confirmatory of Mr. Barnaby's prior statements that the two men committed the murders together. Given that Mr. Barnaby did not indicate why he did not believe this evidence to be new, the Minister was entitled to rely on the representations of the U.S. authorities that it was new evidence for the purposes of his analysis.

[8] It is for the extradition judge — not for the Minister or a court reviewing the Minister's decision — to determine whether there is sufficient evidence to warrant committal. Once the person sought has been committed, "weighing the evidence or assessing its reliability are matters for trial in the foreign

heurte notre conception de la justice fondamentale au point de justifier le refus de l'extradition. En fait, il appert que les tribunaux du New Hampshire appliqueront grosso modo les mêmes principes que ceux qu'appliqueraient les tribunaux canadiens pour décider si la tenue d'un quatrième procès est juste et équitable eu égard à l'ensemble des circonstances.

[6] La Cour d'appel ne tient pas compte non plus du principe de la courtoisie et des obligations internationales du Canada. Un refus d'extradition est foncièrement incompatible avec les principes de la collaboration internationale qui constituent le fondement d'un traité d'extradition. Le ministre devait accorder de l'importance à ces principes, et la Cour d'appel a eu tort de ne pas le reconnaître.

[7] Pour ce qui est des circonstances propres à l'espèce, la Cour d'appel a également tort de conclure à l'absence d'une [TRADUCTION] « véritable preuve nouvelle » contre M. Barnaby (par. 13). Les autorités étrangères attestent l'existence d'une telle preuve. Le ministre souligne que M. Barnaby n'a pas donné les motifs pour lesquels, selon lui, la preuve invoquée n'est pas nouvelle. Il est clair, au vu du dossier, que certains témoignages se rapportent à des faits et à des conversations qui n'ont eu lieu que ces dernières années. En outre, la preuve génétique nouvelle, si elle était admise, incriminerait M. Caplin, le coaccusé, directement (voir *Caplin c. Canada (Justice)*, 2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 570) et M. Barnaby, par ricochet. On peut voir dans cette preuve la confirmation des déclarations antérieures de M. Barnaby selon lesquelles les deux hommes ont commis les meurtres ensemble. Comme M. Barnaby n'a pas précisé en quoi cette preuve n'était pas nouvelle à son avis, le ministre pouvait, pour les besoins de son analyse, ajouter foi aux dires des autorités américaines selon lesquels il s'agissait d'une preuve nouvelle.

[8] Il appartient au juge d'extradition — non au ministre ou au tribunal appelé à contrôler la décision du ministre — de déterminer si suffisamment d'éléments de preuve justifient l'incarcération de l'intéressé en vue de son extradition. Une fois ce dernier incarcéré, [TRADUCTION] « l'appréciation de

jurisdiction. The[se] are not matters for the Minister to address when considering whether to surrender the [person sought]": *Germany (Federal Republic) v. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339 (Ont. C.A.), at para. 64, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xiv. As this Court explained in *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 52:

> . . . it is not for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, nor to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence. To do so offends the underlying principle of comity and risks undermining the foundation of effective extradition practice.

[9] As we have noted, Mr. Barnaby will be able to raise his objections to this evidence before the New Hampshire court, as could an accused if a retrial were being sought in similar circumstances in Canada. The New Hampshire court, which will have all of the facts before it, is better placed to assess these arguments and weigh the relevant considerations in light of all of the circumstances. This process is consistent with the Canadian sense of justice, not an affront to it.

[10] Before disposing of this appeal, we wish to address Mr. Barnaby's argument that the Minister applied the wrong test for abuse of process. The Minister stated that to find an abuse of process, evidence of bad faith or an improper motive on the part of the foreign authorities is required. We agree with Mr. Barnaby that this was not a correct statement of the law. As this Court stated in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, abuse of process also captures conduct short of bad faith that nonetheless risks undermining the integrity of the justice system.

[11] Despite this error, we conclude that the Minister's misstatement of the legal test for abuse of

la preuve ou de sa fiabilité relève du tribunal étranger. Le ministre n'a pas à se prononcer sur [ce point] lorsqu'il est appelé à décider s'il y a lieu d'extrader [la personne] ou non » (*Germany (Federal Republic) c. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339 (C.A. Ont.), par. 64, autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xiv). Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 52 :

> . . . ce n'est pas aux autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise, ni d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Cela irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie et risquerait d'ébranler les fondements de la pratique efficace en matière d'extradition.

[9] Rappelons que, à l'instar d'un accusé dont on demanderait qu'il subisse un nouveau procès dans des circonstances semblables au Canada, M. Barnaby pourra faire valoir ses motifs d'opposition à la preuve devant le tribunal du New Hampshire. Informé de tous les faits, le tribunal du New Hampshire est mieux placé pour apprécier ces arguments et soupeser les considérations pertinentes à la lumière de toutes les circonstances. Cette procédure est compatible avec notre conception de la justice et ne la met pas à mal.

[10] Avant de statuer sur le pourvoi, examinons la prétention de M. Barnaby selon laquelle le ministre n'applique pas le bon critère pour déterminer s'il y a abus de procédure ou non. Le ministre affirme que la mauvaise foi ou le motif illégitime des autorités étrangères doit être établi pour pouvoir conclure à l'abus de procédure. Nous convenons avec M. Barnaby qu'il s'agit d'un énoncé erroné du droit applicable. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, l'abus de procédure s'entend également de la conduite qui, même lorsqu'elle n'est pas empreinte de mauvaise foi, risque néanmoins de miner l'intégrité du système de justice.

[11] Malgré cette erreur, nous concluons que la formulation erronée du critère juridique permettant

process does not render his decision unreasonable. The question before the Minister was whether surrendering Mr. Barnaby would shock the conscience of Canadians or be otherwise unjust or oppressive. The many factors that the Minister is required to balance in the extradition context means that our domestic abuse of process doctrine cannot automatically be equated with the "shocks the conscience" standard. Whether or not Canada would label these circumstances an abuse of process is therefore not determinative of the question the Minister was required to answer. Reading the Minister's reasons as a whole, it is clear that he considered all of the relevant factors pertaining to the issue before him.

[12] The Minister's decision was reasonable. Interference with the Minister's decision is limited to "exceptional cases of 'real substance'": *Lake*, at para. 34. Absent such circumstances, Canada is expected to defer to the foreign courts on matters of due process. In our view, this is not a case in which intervention is warranted. Consequently, we would allow the appeal and reinstate the Minister's surrender order.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent: Clemente Monterosso, Montréal; Marie-Philippe Tanguay, Montréal.

de conclure ou non à l'abus de procédure ne rend pas la décision du ministre déraisonnable. Ce dernier devait déterminer si l'extradition de M. Barnaby choquerait la conscience des Canadiens ou serait par ailleurs injuste ou tyrannique. Étant donné les nombreux éléments que le ministre doit mettre en balance lorsqu'il est saisi d'une demande d'extradition, on ne peut d'emblée faire équivaloir la doctrine canadienne de l'abus de procédure au critère du « choc de la conscience ». Que le Canada voie ou non dans les circonstances de l'espèce un abus de procédure n'est donc pas déterminant quant à la question que le ministre devait trancher. Au vu de l'ensemble de ses motifs, le ministre a manifestement pris en considération tous les éléments pertinents.

[12] La décision du ministre était raisonnable. Il ne peut y avoir intervention judiciaire que dans « les cas exceptionnels où cela "s'impose réellement" » (*Lake*, par. 34). Sauf en pareils cas, le Canada est censé s'en remettre au tribunal étranger pour ce qui touche à l'application régulière de la loi. À notre avis, l'intervention judiciaire n'est pas justifiée en l'espèce. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêté d'extradition du ministre.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Clemente Monterosso, Montréal; Marie-Philippe Tanguay, Montréal.

David Caplin *Appellant*

v.

Minister of Justice of Canada *Respondent*

Indexed as: Caplin *v.* Canada (Justice)

2015 SCC 32

File No.: 35527.

Hearing and judgment: April 23, 2015.

Reasons delivered: May 29, 2015.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable.

The Minister of Justice ordered the surrender of C and a co-accused, B, to the U.S. on charges of first and second degree murder. C was charged on those offences in 1990, but has never been tried. In 2010, the New Hampshire State authorities reopened the investigation into the alleged crimes and in 2011, evidence seized from the crime scene was submitted for DNA testing using techniques that were not available at the time of the initial investigation. C's profile was identified. On judicial review, the Court of Appeal of Quebec concluded that there were no grounds for interfering in the Minister's decision to extradite C to the United States.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal did not err in concluding that it was reasonable for the Minister of Justice to order surrender. The fundamental issue for the Minister was whether surrendering C to the "particular treatment" that awaits him in New Hampshire would be contrary to Canadian principles of fundamental justice. The Minister examined all of the relevant circumstances, including the importance of international cooperation in the extradition

David Caplin *Appelant*

c.

Ministre de la Justice du Canada *Intimé*

Répertorié : Caplin *c.* Canada (Justice)

2015 CSC 32

N° du greffe : 35527.

Audition et jugement : 23 avril 2015.

Motifs déposés : 29 mai 2015.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable?

Le ministre de la Justice a ordonné l'extradition de C et d'un coaccusé, B, vers les États-Unis, où ils étaient accusés de meurtres aux premier et deuxième degrés. C a fait l'objet de ces accusations en 1990, mais il n'a jamais subi de procès. En 2010, les autorités de l'État du New Hampshire ont rouvert l'enquête sur les crimes allégués puis, en 2011, des éléments de preuve recueillis sur la scène de crime ont été soumis à une analyse génétique à l'aide de techniques qui n'existaient pas lors de l'enquête initiale. Le profil génétique alors établi a permis d'identifier C. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel du Québec a conclu qu'aucun motif ne la justifiait de revenir sur la décision du ministre d'ordonner l'extradition de C vers les États-Unis.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel n'a pas eu tort de conclure que le ministre de la Justice pouvait raisonnablement ordonner l'extradition. Le ministre devait essentiellement se demander si le « traitement donné » qui attendait C s'il était extradé au New Hampshire contrevenait aux principes canadiens de justice fondamentale. Il a examiné toutes les circonstances pertinentes, dont l'importance de la collaboration internationale en matière d'extradition. Au vu

context. In light of all of these considerations, it was reasonable for him to conclude that it would not offend Canadian principles of fundamental justice or be otherwise unjust or oppressive to leave the decision about whether there should be a trial to the New Hampshire court.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Levesque and Savard JJ.A.), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), dismissing an application for judicial review from a surrender order made by the Minister of Justice. Appeal dismissed.

Véronique Courtecuisse and *Patrick Cozannet*, for the appellant.

Marc Ribeiro and *Ginette Gobeil*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — To satisfy the Minister that extradition should be refused, Mr. Caplin must show that his surrender would "shock the conscience" and thereby violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or be "unjust or oppressive" under s. 44(1) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. In our view, the Court of Appeal did not err in concluding that it was reasonable for the Minister to order surrender (2013 QCCA 1305). As we explain in the companion appeal in *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563, the fundamental issue for the Minister was whether surrendering Mr. Caplin to the "particular treatment" that awaits him in New Hampshire is contrary to Canadian principles of fundamental justice: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at

de toutes ces considérations, il pouvait raisonnablement conclure qu'il n'était ni contraire aux principes canadiens de justice fondamentale, ni par ailleurs injuste ou tyrannique de laisser aux tribunaux du New Hampshire le soin de décider de tenir ou non un procès.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Levesque et Savard), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant l'arrêté d'extradition pris par le ministre de la Justice. Pourvoi rejeté.

Véronique Courtecuisse et *Patrick Cozannet*, pour l'appelant.

Marc Ribeiro et *Ginette Gobeil*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Pour convaincre le ministre de refuser son extradition, M. Caplin doit démontrer que la mesure « choquerait la conscience » et contreviendrait ainsi à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu'elle serait « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18. À notre avis, la Cour d'appel n'a pas eu tort de conclure que le ministre pouvait raisonnablement ordonner l'extradition (2013 QCCA 1305). Comme nous l'expliquons dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563, le ministre devait essentiellement se demander si le « traitement donné » qui attendait M. Caplin s'il était extradé au New Hampshire contrevenait aux principes canadiens de justice fondamentale

para. 69. It appears from the material that the New Hampshire courts will decide whether Mr. Caplin's trial, in all of the circumstances, is fair and just in accordance with principles that are broadly similar to those that would be applied in Canada if the issue arose here. This is not contrary to our sense of fundamental justice, but rather consistent with it.

[2] Mr. Caplin suggests that there is no new evidence. He raises arguments about alleged weaknesses in the DNA analysis and submits that, in reality, the testimonial evidence is not new. He further submits that, in any event, the "new" evidence is of limited probative value because it does not conclusively establish his guilt. He also argues that the passage of time has caused prejudice that would justify denying extradition.

[3] We are not persuaded by these arguments. In our view, it was reasonable for the Minister to conclude that it would not shock the conscience or be otherwise unjust or oppressive to allow the New Hampshire courts to address these concerns, rather than to preclude them from doing so by refusing surrender. Concerns about due process — including arguments related to delay — are generally a matter for the foreign court. As this Court held in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 558:

> Matters of due process generally are to be left for the courts to determine at the trial there as they would be if [the accused] were to be tried here. Attempts to pre-empt decisions on such matters, whether arising through delay or otherwise, would directly conflict with the principles of comity on which extradition is based . . . .

[4] The Minister examined all of the relevant circumstances, including the importance of international cooperation in the extradition context. In light of all of these considerations, it was reasonable for him to conclude that it would not offend Canadian

(*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 69). Il appert des documents soumis que les tribunaux du New Hampshire détermineront si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la tenue d'un procès est juste et équitable conformément à des principes qui sont foncièrement équivalents à ceux que les tribunaux canadiens appliqueraient si l'affaire avait pris naissance au Canada. Cette démarche n'est pas contraire, mais bien conforme, à la justice fondamentale telle que nous la concevons.

[2] Selon M. Caplin, il n'existe aucune preuve nouvelle. Il allègue certaines faiblesses de la preuve génétique et soutient que, dans les faits, la preuve testimoniale n'est pas nouvelle. Il ajoute que, de toute façon, la valeur probante de la preuve « nouvelle » est limitée en ce qu'elle n'établit pas sa culpabilité de manière concluante. De plus, le temps écoulé depuis la perpétration des crimes lui infligerait un préjudice qui justifie le refus de son extradition.

[3] Ces arguments ne nous convainquent pas. À notre avis, le ministre pouvait raisonnablement conclure que permettre aux tribunaux du New Hampshire de se prononcer sur ces points — au lieu de les en empêcher en refusant l'extradition — ne choquerait pas la conscience et ne serait pas par ailleurs injuste ou tyrannique. Il appartient généralement au tribunal étranger de statuer sur l'application régulière de la loi, y compris les prétentions relatives au temps écoulé. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 558 :

> En règle générale, les questions touchant le caractère équitable des procédures [ou l'application régulière de la loi] doivent y être tranchées par les tribunaux à l'étape du procès, de la même manière qu'elles le seraient si le procès avait lieu ici. Toute tentative de préjuger de telles questions, que ce soit par suite d'un retard ou pour d'autres raisons, entrerait directement en conflit avec les principes de courtoisie qui sont à la base de l'extradition . . .

[4] Le ministre a examiné toutes les circonstances pertinentes, dont l'importance de la collaboration internationale en matière d'extradition. Au vu de toutes ces considérations, il pouvait raisonnablement conclure qu'il ne serait ni contraire aux principes

principles of fundamental justice or be otherwise unjust or oppressive to leave the decision about whether there should be a trial to the New Hampshire court. We would therefore uphold the Court of Appeal's decision to affirm the surrender order. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Véronique Courtecuisse, Montréal; Patrick Cozannet, Longueuil.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

canadiens de justice fondamentale, ni par ailleurs injuste ou tyrannique de laisser aux tribunaux du New Hampshire le soin de décider de tenir ou non un procès. Nous sommes donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel qui maintient l'arrêté d'extradition. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Véronique Courtecuisse, Montréal; Patrick Cozannet, Longueuil.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Paul Francis Tatton *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervener*

Indexed as: R. *v.* Tatton

2015 SCC 33

File No.: 35866.

2014: December 9; 2015: June 4.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Arson — Defences — Intoxication — Accused relying on self-induced intoxication as excuse for committing arson — Self-induced intoxication short of automatism cannot be relied upon as excuse for general intent offence — Whether arson is general or specific intent offence — If arson is general intent offence, whether trial judge's classification of arson as specific intent offence had material bearing on verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 434.

T caused a fire that destroyed the contents of his ex-girlfriend's home. In a highly intoxicated state, he placed a pan with oil on a stove, set the burner to high, and left the house to get a coffee. When he returned approximately 20 minutes later, the house was on fire. T was charged with arson contrary to s. 434 of the *Criminal Code*. At trial, T claimed that the fire was an accident. The trial judge determined that s. 434 was a specific intent offence, meaning that T could rely on self-induced intoxication as a defence. T was acquitted. A majority of the Court of Appeal upheld the acquittal.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Paul Francis Tatton *Intimé*

et

Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenante*

Répertorié : R. *c.* Tatton

2015 CSC 33

N° du greffe : 35866.

2014 : 9 décembre; 2015 : 4 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

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

Droit criminel — Incendie criminel — Moyens de défense — Intoxication — Accusé invoquant l'intoxication volontaire pour excuser la perpétration d'un incendie criminel — L'accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale — L'infraction d'incendie criminel est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique? — Si l'infraction d'incendie criminel est une infraction d'intention générale, la décision du juge du procès de la qualifier d'infraction d'intention spécifique a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 434.

T a causé un incendie qui a détruit l'intérieur de la résidence de son ex-petite amie. Alors qu'il était dans un état d'ébriété avancé, il a placé sur la cuisinière une poêle à frire contenant de l'huile, a allumé le rond à feu « élevé » et est sorti pour aller chercher un café. À son retour une vingtaine de minutes plus tard, la maison était la proie des flammes. T a été accusé d'incendie criminel en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*. Au procès, T a affirmé que l'incendie était accidentel. Le juge du procès a conclu que l'art. 434 créait une infraction d'intention spécifique, ce qui signifiait que T pouvait invoquer l'intoxication volontaire en défense. T a été acquitté. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a confirmé l'acquittement.

Held: The appeal should be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

The classification of an offence as one involving general or specific intent has important consequences for the accused because the law does not allow offenders to rely on self-induced intoxication falling short of automatism as an excuse for general intent offences. The analysis of whether an offence is one of general intent or specific intent must start with a determination of the mental element of the offence. This is an exercise in statutory interpretation and should not be turned into a factual assessment. The next question is whether the crime is one of general or specific intent. Where the jurisprudence has already determined the appropriate classification of the offence in a satisfactory manner, the task is straightforward. Otherwise, there are two main considerations — the importance of the mental element and the social policy underlying the offence.

The importance of the mental element refers to the complexity of the thought and reasoning processes that are required for any given offence. For general intent offences, the mental element simply relates to the performance of the illegal act. Such crimes do not require an intent to bring about certain consequences that are external to the *actus reus*. Nor do they require actual knowledge of certain circumstances or consequences, to the extent that such knowledge is the product of complex thought and reasoning processes. General intent crimes involve such minimal mental acuity that it is difficult to see how intoxication short of automatism could deprive the accused of the low level of intent required. In contrast, specific intent offences involve a heightened mental element. That element may take the form of an ulterior purpose or it may entail actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes. Alternatively, it may involve intent to bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. Because of the more complicated thought and reasoning processes required for specific intent crimes, one can more readily understand how intoxication short of automatism may negate the required mental element.

When this analysis fails to yield a clear answer, one should turn to policy considerations. In the main, the policy assessment will focus on whether alcohol consumption is habitually associated with the crime in question. If

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, l'acquittement est annulé et un nouveau procès est ordonné.

La qualification d'une infraction en infraction d'intention générale ou d'intention spécifique a d'importantes conséquences pour l'accusé parce que le droit ne permet pas aux contrevenants d'invoquer une intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale. Pour établir si une infraction est une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique, il faut tout d'abord en déterminer l'élément moral. Cette analyse relève de l'interprétation des lois et ne doit pas se transformer en un examen des faits. Il faut se demander ensuite s'il s'agit d'un crime d'intention générale ou spécifique. Lorsque l'infraction a déjà été qualifiée de façon satisfaisante dans la jurisprudence, la tâche est simple. Sinon, deux facteurs principaux doivent être considérés — l'importance de l'élément moral et la politique sociale qui sous-tend la création de l'infraction.

L'importance de l'élément moral a trait à la complexité des processus de pensée et de raisonnement que requiert chaque infraction. Dans le cas des infractions d'intention générale, l'élément moral se rattache simplement à la perpétration de l'acte illégal. De tels crimes n'exigent pas l'existence d'une intention de faire survenir certaines conséquences étrangères à l'*actus reus*. Ils n'exigent pas non plus la connaissance effective de certaines circonstances ou conséquences, dans la mesure où cette connaissance est le produit de processus de pensée et de raisonnement complexes. Les crimes d'intention générale comportent un degré d'acuité mentale si peu élevé qu'il est difficile de concevoir que l'intoxication sans automatisme puisse priver l'accusé du faible degré d'intention exigé. Par contre, les infractions d'intention spécifique supposent un élément moral plus élevé. Cet élément peut prendre la forme d'une intention cachée, ou requérir la connaissance effective de certains faits ou de certaines conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et de raisonnement plus complexes. À titre subsidiaire, il peut supposer l'intention de faire survenir certaines conséquences, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. En raison des processus de pensée et de raisonnement plus complexes que nécessitent les crimes d'intention spécifique, on peut plus aisément comprendre comment l'intoxication sans automatisme peut réduire à néant l'élément moral requis.

Lorsque cette analyse ne permet pas d'obtenir une réponse claire, il faut passer à l'examen des considérations de politique générale. L'examen de ces considérations portera essentiellement sur la question de savoir si

it is, then allowing an accused to rely on intoxication as a defence would seem counterintuitive. But, where self-induced intoxication rarely, if ever, plays a role in the commission of a particular crime, preventing an accused from relying on it makes less sense from a policy perspective. Without setting out a general rule, alcohol habitually plays a role in crimes involving violent or unruly conduct and in crimes involving damage to property. Although there are exceptions to this general proposition, the prevalence of alcohol in these crimes means that there are likely to be strong policy reasons militating against an intoxication-based defence. Other residual policy considerations may also come into play. The presence of a lesser included general intent offence in the main offence may be relevant. The presence of judicial sentencing discretion may also be a factor to consider.

The offence of arson in s. 434 of the *Criminal Code* is a general intent offence for which intoxication falling short of automatism is not available as a defence. The *actus reus* is the damaging of property by fire. The mental element is the intentional or reckless performance of the illegal act. No additional knowledge or purpose is needed. No complex thought or reasoning processes are required. It is difficult to see how intoxication short of automatism would prevent an accused from foreseeing the risk of causing damage to someone else's property by fire. There is no need to resort to policy considerations to determine the appropriate classification of the offence. Had it been necessary to do so, the same conclusion would have been reached. Damage to property is often associated with alcohol consumption and it would erode the policy underlying the offence of causing damage to property by fire if an accused could rely on self-induced intoxication as a defence.

The criminal act in s. 434 of the *Criminal Code* is the causing of damage to property. The fire is simply the mechanism by which the damage must be caused. In assessing the issue of intent, the trier of fact must consider all of the surrounding circumstances. The manner in which the fire started is likely to be an important consideration. Specifically, was the fire set accidentally,

la consommation d'alcool est habituellement associée au crime en question. Dans l'affirmative, il semblerait paradoxal de permettre à l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense. Mais lorsque l'intoxication volontaire joue rarement, voire jamais, un rôle dans la perpétration d'un crime déterminé, il est moins logique, du point de vue de la politique générale, d'empêcher l'accusé d'invoquer ce moyen de défense. Sans poser un principe universel, l'alcool joue habituellement un rôle dans les crimes liés à un comportement violent et désordonné ainsi que dans les crimes comportant des dommages aux biens. Bien qu'il existe des exceptions à ce principe général, du fait de la présence fréquente de l'alcool dans le cas de ces crimes, il est probable que de solides raisons de politique générale militeront contre la possibilité de plaider l'intoxication comme moyen de défense. D'autres considérations de cette nature peuvent aussi entrer en jeu. L'existence d'une infraction d'intention générale moindre et incluse peut être un facteur pertinent. L'existence du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination de la peine peut également être un facteur à considérer.

L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 du *Code criminel* est une infraction d'intention générale pour laquelle l'intoxication sans automatisme ne peut être invoquée comme moyen de défense. Le fait de causer un dommage à un bien par le feu constitue l'*actus reus* de l'infraction. L'élément moral est l'accomplissement de l'acte illégal intentionnellement ou sans se soucier des conséquences. Aucun autre élément de connaissance ou mobile n'est nécessaire. Aucun processus de pensée ou de raisonnement complexe n'est requis. Il est difficile de voir comment l'intoxication sans automatisme empêche un accusé de prévoir le risque de causer un dommage à la propriété d'autrui par le feu. Il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations de politique générale pour bien qualifier l'infraction. S'il s'était avéré nécessaire de le faire, la conclusion aurait été la même. Le fait de causer des dommages aux biens est souvent associé à la consommation d'alcool, et on éroderait le respect des considérations de politique générale à l'origine de la création de l'infraction consistant à causer des dommages à des biens par le feu si l'on permettait à un accusé d'invoquer en défense son état d'intoxication volontaire.

L'acte criminel que réprime l'art. 434 du *Code criminel* est le fait de causer des dommages à un bien. Le feu est simplement le moyen qui doit avoir causé le dommage. Lorsqu'il examine la question de l'intention, le juge des faits doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'infraction. La façon dont l'incendie a pris naissance sera probablement un facteur important. Plus

negligently, recklessly, or intentionally? However, the determinative question is not how the fire was started. Rather, the end game involves looking at all of the surrounding circumstances to determine whether it can be inferred that the accused intended to damage someone else's property or was reckless whether damage ensued or not.

In this case, it is apparent that T's intoxication played a material role in the acquittal. In his reasons, the trial judge concentrated on the cause of the fire and he stated that to resolve this issue, he must determine whether T's intoxication could be considered. His decision to acquit was influenced by his erroneous belief that he could take into account T's state of intoxication. A new trial is required because the trial judge's critical findings of fact were tainted by his belief that self-induced intoxication was relevant to the issue of intent.

Cases Cited

Considered: *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316; *R. v. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150; *R. v. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85; *R. v. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 434.

Authors Cited

Berner, S. H. "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.

Canada. Law Reform Commission. *Report on Recodifying Criminal Law*, revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.

Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. *Principles of Criminal Liability: Proposals for*

précisément, l'incendie a-t-il été déclenché de façon accidentelle, par négligence, sans se soucier de ses conséquences, ou intentionnellement? Cependant, la question déterminante n'est pas de savoir comment le feu a pris naissance. Le but ultime consiste plutôt à examiner l'ensemble des circonstances de l'infraction pour décider s'il est possible d'en conclure que l'accusé entendait causer des dommages au bien d'autrui ou s'il ne s'est pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non.

En l'espèce, il est évident que l'état d'intoxication de T a joué un rôle important dans l'acquittement. Dans ses motifs, le juge du procès s'est concentré sur la cause de l'incendie et il a déclaré que, pour résoudre cette question, il devait décider s'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de T. Sa décision de prononcer l'acquittement a été influencée par sa croyance erronée qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de T. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès étant donné que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès étaient viciées par le fait qu'il croyait que l'intoxication volontaire était pertinente à l'égard de la question de l'intention.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316; *R. c. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150; *R. c. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85; *R. c. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2 [aj. 1992, c. 38, art. 1], 434.

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*, Ottawa, l'Association, 1992.

Berner, S. H. « The Defense of Drunkenness — A Reconsideration » (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.

a New General Part of the Criminal Code of Canada. Ottawa: The Association, 1992.
Ferguson, Gerry. "The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation" (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
Quigley, Tim. "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 *Dal. L.J.* 75.
Stuart, Don. "A Case for a General Part", in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999, 95.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
Thornton, Mark T. "Making Sense of *Majewski*" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Rensburg and Pardu JJ.A.), 2014 ONCA 273, 10 C.R. (7th) 108, 319 O.A.C. 10, [2014] O.J. No. 1683 (QL), 2014 CarswellOnt 4373 (WL Can.), upholding the acquittal on a charge of arson entered by Tausendfreund J. Appeal allowed.

Randy Schwartz, for the appellant.

J. Douglas Grenkie, *Q.C.*, and *William James Webber*, for the respondent.

Anil K. Kapoor and *Lindsay E. Trevelyan*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] This case requires the Court to determine whether self-induced intoxication is a defence to a charge of arson under s. 434 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The charge against the respondent, Mr. Tatton, arose out of a fire that destroyed the

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée du rapport nº 30, Ottawa, la Commission, 1987.
Ferguson, Gerry. « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
Quigley, Tim. « Specific and General Nonsense? » (1987), 11 *Dal. L.J.* 75.
Stuart, Don. « A Case for a General Part », in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law : A Criminal Reports Forum*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1999, 95.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007.
Thornton, Mark T. « Making Sense of *Majewski* » (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Rensburg et Pardu), 2014 ONCA 273, 10 C.R. (7th) 108, 319 O.A.C. 10, [2014] O.J. No. 1683 (QL), 2014 CarswellOnt 4373 (WL Can.), qui a confirmé l'acquittement relatif à une accusation de crime d'incendie prononcé par le juge Tausendfreund. Pourvoi accueilli.

Randy Schwartz, pour l'appelante.

J. Douglas Grenkie, *c.r.*, et *William James Webber*, pour l'intimé.

Anil K. Kapoor et *Lindsay E. Trevelyan*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] En l'espèce, la Cour doit décider si l'intoxication volontaire constitue un moyen de défense opposable à une accusation d'incendie criminel portée en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'intimé, M. Tatton, a été accusé à la suite

contents of his ex-girlfriend's home. The fire began after Mr. Tatton, in a highly intoxicated state, placed a pan with oil on the stove, set the burner to "high", and left the house to get a coffee at a nearby Tim Hortons. When he returned approximately 20 minutes later, the house was on fire.

[2] At trial, Mr. Tatton sought to rely on the defence of accident based on his drunkenness to rebut the intent required for the offence of arson. The trial judge found that he could do so, and a majority of the Court of Appeal agreed. For reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred. Intoxication short of automatism is not a defence to a charge of arson under s. 434 of the *Criminal Code*.

II. Background

[3] In September 2010, Mr. Tatton was living in a guest room at a home owned by his ex-girlfriend, Ms. Spencer. He and Ms. Spencer had broken off their relationship, but Mr. Tatton remained hopeful that they would reconcile.

[4] Mr. Tatton was an alcoholic. He had a tendency to binge drink. There was evidence that in the past he had come home drunk, started to cook food, and then passed out, only to awake to a house filled with smoke. His history with alcoholism included periods of blackouts. He would sometimes have no recollection of events that had transpired while he was under the influence of alcohol.

[5] On September 24, 2010, Ms. Spencer went to Kingston to visit friends. Mr. Tatton was not happy about this and became jealous and upset. He drank heavily throughout the day and evening, consuming approximately 52 ounces of alcohol. Over the course of the evening, he left Ms. Spencer a series of agitated voice messages on her cell phone, two

d'un incendie qui a détruit l'intérieur de la résidence de son ex-petite amie. L'incendie a pris naissance après que M. Tatton, qui était dans un état d'ébriété avancé, eut placé sur la cuisinière une poêle à frire contenant de l'huile et eut allumé le rond à feu « élevé » (« *high* ») avant de sortir pour aller chercher un café dans un Tim Hortons situé tout près. À son retour, environ une vingtaine de minutes plus tard, la maison était la proie des flammes.

[2] Au procès, M. Tatton a tenté d'invoquer la défense d'accident sur la base de son état d'ébriété pour réfuter l'intention requise pour commettre le crime d'incendie criminel. Le juge du procès a estimé qu'il pouvait invoquer ce moyen de défense et les juges majoritaires de la Cour d'appel lui ont donné raison. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur. Un état d'intoxication sans automatisme ne peut être opposé en défense à une accusation d'incendie criminel portée en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*.

II. Contexte

[3] En septembre 2010, M. Tatton occupait une chambre d'amis dans une maison appartenant à son ex-petite amie, M^me^ Spencer. Cette dernière et M. Tatton avaient mis fin à leur relation, mais M. Tatton nourrissait l'espoir d'une réconciliation.

[4] M. Tatton était un alcoolique. Il avait l'habitude des beuveries express ou effrénées. Suivant la preuve, il lui était arrivé de rentrer ivre à la maison, de commencer à faire la cuisine, de perdre conscience, puis de se réveiller dans une maison envahie par la fumée. Il lui arrivait dans le passé de s'évanouir. Parfois, il ne pouvait se souvenir de ce qui s'était passé alors qu'il était en état d'ébriété.

[5] Le 24 septembre 2010, M^me^ Spencer est allée rendre visite à des amis à Kingston. Mécontent de la voir partir, M. Tatton s'est fâché et est devenu jaloux. Il a bu beaucoup tout au long de la journée et de la soirée, ingurgitant environ 52 onces d'alcool. Durant la soirée, il a laissé sur le téléphone cellulaire de M^me^ Spencer une série de messages fébriles

of which referred to her home being on fire. Eventually, Mr. Tatton passed out.

[6] When Mr. Tatton awoke, he decided to cook some bacon. He put some vegetable oil in a pan on the stove and set the temperature to "high". He then drove to a nearby Tim Hortons to get a coffee. When he returned 15-20 minutes later, the house was on fire. Mr. Tatton called 911 from a neighbouring house. The firefighters were able to save the home, but not its contents. The next day, Mr. Tatton left Ms. Spencer a message apologizing for the incident and stating that it was an accident.

[7] The fire investigator determined that the source of the fire was the vegetable oil on the stove. Mr. Tatton was arrested and charged with arson contrary to s. 434 of the *Criminal Code*. That section reads:

434. Every person who intentionally or recklessly causes damage by fire or explosion to property that is not wholly owned by that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[8] At trial, Mr. Tatton claimed that the fire was an accident. When he put the oil on the stove, he thought he had set the temperature at "low". He did not intend or foresee the consequences that resulted from his turning the stove on and leaving it unattended. A central question at trial was whether Mr. Tatton had the requisite intent to commit the offence of arson under s. 434, and more particularly whether the court could take his state of intoxication into account in making its assessment.

[9] The trial judge determined that s. 434 was a specific intent offence, meaning that Mr. Tatton could rely on self-induced intoxication as a defence. In the end, he acquitted Mr. Tatton because he was not convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Tatton intentionally or recklessly left the stove on "high". Given this conclusion, he could not be satisfied that Mr. Tatton intentionally or recklessly

dont deux mentionnaient que sa maison était en feu. Il a fini par perdre conscience.

[6] À son réveil, M. Tatton a décidé de faire cuire du bacon. Il a versé de l'huile végétale dans une poêle à frire sur la cuisinière et a allumé le rond à feu « élevé ». Il a ensuite pris sa voiture pour aller chercher un café dans un Tim Hortons situé tout près. À son retour, 15 ou 20 minutes plus tard, la maison était la proie des flammes. M. Tatton s'est rendu chez un voisin pour appeler le 911. Les pompiers ont réussi à sauver la maison, mais pas son contenu. Le lendemain, M. Tatton a laissé à M^me^ Spencer un message dans lequel il lui présentait ses excuses pour l'incident et affirmait qu'il s'agissait d'un accident.

[7] L'enquêteur des incendies a conclu que l'origine de l'incendie avait été l'huile végétale sur la cuisinière. M. Tatton a été arrêté et accusé d'incendie criminel en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*. Cet article est ainsi libellé :

434. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, cause par le feu ou par une explosion un dommage à un bien qui ne lui appartient pas en entier.

[8] Au procès, M. Tatton a affirmé que l'incendie était accidentel. Lorsqu'il avait posé l'huile sur la cuisinière, il croyait avoir mis le rond à feu « doux » (« *low* »). Il n'avait ni voulu ni prévu les conséquences de son geste en laissant le rond allumé sans surveillance. Une question fondamentale au procès était de savoir si M. Tatton avait eu l'intention requise pour commettre l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 et plus particulièrement si le tribunal pouvait tenir compte de son état d'intoxication en répondant à cette question.

[9] Le juge du procès a conclu que l'art. 434 créait une infraction d'intention spécifique, ce qui signifiait que M. Tatton pouvait invoquer l'intoxication volontaire en défense. En fin de compte, le juge a acquitté M. Tatton, parce qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que ce dernier avait, intentionnellement ou par insouciance, laissé le rond allumé à feu « élevé ». Vu cette conclusion,

damaged the property. A majority of the Court of Appeal for Ontario upheld Mr. Tatton's acquittal. The third member of the panel would have allowed the appeal and ordered a new trial.

[10] The Crown appeals to this Court as of right. It argues that arson contrary to s. 434 is a general intent offence, meaning that intoxication falling short of automatism cannot be considered. I agree. I further agree that a new trial is required because the trial judge's critical findings of fact were tainted by his belief that self-induced intoxication was relevant to the issue of intent. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the verdict of acquittal, and order a new trial.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 10-2091, July 29, 2013 (unreported)*

[11] The only live issue before the trial judge was whether Mr. Tatton had caused the fire intentionally or recklessly. If so, it could be inferred, in the circumstances, that in setting the fire he either intended to cause damage to the contents of the home or was reckless whether damage ensued or not. On the other hand, if the fire started by reason of accident or negligence, then it could not be inferred that Mr. Tatton had one of the intents required to support a conviction under s. 434.

[12] The trial judge found that Mr. Tatton was heavily under the influence of alcohol at the time of the fire. Consequently, he held that it was necessary to determine whether arson was a crime of specific or general intent. The answer to that question would dictate whether Mr. Tatton's intoxication could be considered.

il ne pouvait être convaincu que M. Tatton avait intentionnellement ou par insouciance causé un dommage au bien en question. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé, à la majorité, l'acquittement de M. Tatton. Le troisième membre de la formation collégiale aurait fait droit à l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[10] Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour. Il soutient que l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est une infraction d'intention générale, ce qui signifie qu'on ne peut pas tenir compte de l'intoxication sans automatisme. Je suis du même avis. Je suis également d'accord pour dire qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, étant donné que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès étaient viciées par le fait qu'il croyait que l'intoxication volontaire était pertinente à l'égard de la question de l'intention. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le verdict d'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, n^o^ 10-2091, 29 juillet 2013 (non publié)*

[11] La seule question que le juge du procès était appelé à trancher était de savoir si M. Tatton avait causé l'incendie intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes. Dans l'affirmative, on pouvait déduire, eu égard aux circonstances, qu'en mettant le feu, ce dernier avait eu l'intention de causer un dommage au contenu de la maison ou ne s'était pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non. Par contre, si l'incendie avait été déclenché par accident ou par négligence, on ne pouvait conclure que M. Tatton avait l'une des intentions exigées pour étayer une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 434.

[12] Le juge du procès a conclu que M. Tatton était fortement intoxiqué par l'alcool au moment de l'incendie. Il a donc estimé qu'il était nécessaire de décider si l'incendie criminel était un crime d'intention spécifique ou d'intention générale. La réponse à cette question déterminerait si l'on pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton.

[13] The trial judge concluded that the characterization of s. 434 as either an offence of general or specific intent was fact-driven. In his view, the proper characterization depended on how the fire started. If an accused started a fire with a match and combustible material, the charge of arson would likely be one of general intent. However, if the way in which the fire started was more nuanced, it could be a specific intent offence. On the facts before him, the trial judge found that the offence was one of specific intent, such that Mr. Tatton's state of intoxication could be considered. In the end, he was not "satisfied beyond a reasonable doubt that [Mr. Tatton] left the setting [on the stove] on 'high' either intentionally or recklessly": A.R., vol. I, at p. 81. Accordingly, he acquitted Mr. Tatton on the charge of arson.

[13] Le juge du procès a conclu que la décision de qualifier l'infraction prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention générale ou d'infraction d'intention spécifique est tributaire des faits. À son avis, la qualification adéquate de cette infraction dépendait des circonstances dans lesquelles l'incendie avait pris naissance. Si un accusé allumait un incendie à l'aide d'une allumette et d'un produit combustible, l'incendie criminel reproché constituerait vraisemblablement une infraction d'intention générale. Toutefois, si les circonstances dans lesquelles l'incendie a éclaté étaient plus nuancées, il pourrait s'agir d'une infraction d'intention spécifique. À la lumière des faits portés à sa connaissance, le juge du procès a conclu que l'infraction était une infraction d'intention spécifique, conclusion qui lui permettait de tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton. En définitive, il n'était pas [TRADUCTION] « convaincu hors de tout doute raisonnable que [M. Tatton] avait laissé le rond à feu élevé intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte » : d.a., vol. I, p. 81. Il a donc acquitté M. Tatton de l'accusation d'incendie criminel.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2014 ONCA 273, 319 O.A.C. 10*

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 273, 319 O.A.C. 10*

[14] The Court of Appeal unanimously rejected the trial judge's conclusion that the characterization of s. 434 as an offence of general or specific intent was fact-driven and dependent on how the fire started. Rather, the court determined — correctly in my view — that the characterization of s. 434 amounted to a question of law. On that question, the court divided.

[14] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité la conclusion du juge du procès suivant laquelle la qualification de l'art. 434 en tant qu'infraction d'intention générale ou d'intention spécifique était tributaire des faits et dépendait des circonstances dans lesquelles le feu avait pris naissance. La cour a plutôt jugé — à bon droit, selon moi — que la qualification de l'infraction prévue à l'art. 434 était une question de droit. Sur cette question, la Cour d'appel s'est divisée.

[15] Writing for the majority, Pardu J.A. characterized arson under s. 434 as a specific intent offence. In her view, s. 434 required a voluntary act, coupled with an awareness of the more distant consequences of that act, and a decision to proceed in the face of those consequences. Justice Pardu noted that many ordinary household activities cause fires; however, they do not lead inevitably to the conclusion that the

[15] S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Pardu a qualifié l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention spécifique. À son avis, l'art. 434 exigeait un acte volontaire, accompagné d'une connaissance des conséquences plus indirectes de l'acte en question et d'une décision de passer à l'acte malgré ces conséquences. La juge Pardu a fait observer que bon

person intentionally or recklessly damaged property. Furthermore, there was no basis to conclude that intoxication played a significant role in causing household fires.

[16] Justice Pardu also maintained that if arson were to be characterized as a general intent offence, the *mens rea* for the offence would be objective, not subjective. In her view, the words "intentionally or recklessly" require consideration of an accused's subjective state of mind, to which intoxication is relevant. Consequently, she found that s. 434 was a specific intent offence, and upheld Mr. Tatton's acquittal.

[17] In dissent, Goudge J.A. concluded that s. 434 was a general intent offence and that intoxication short of automatism could therefore not be considered. He held that the *mens rea* for s. 434 did not extend beyond the *actus reus*, and that no ulterior purpose was required. He was also of the view that arson is the type of offence that people are apt to commit when intoxicated; therefore, there were good policy reasons for refusing to allow an accused to raise the defence of self-induced intoxication.

[18] Justice Goudge disagreed with the majority that precluding reliance on intoxication transformed the *mens rea* inquiry into an objective one. In his view, the inquiry does not ask if a reasonable person would have foreseen the risk of damage to property; rather, one asks if the particular accused, while sober, would have foreseen the risk. This approach retained the necessary subjective component of the *mens rea*. It followed that arson under s. 434 was

nombre d'activités domestiques ordinaires peuvent causer des incendies; cependant, elles ne permettent pas inévitablement de conclure que leur auteur a causé un dommage à un bien intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes. De plus, rien ne justifie de conclure que l'intoxication jouait un rôle important comme cause des incendies domestiques.

[16] La juge Pardu a également maintenu que, si l'incendie criminel était qualifié d'infraction d'intention générale, la *mens rea* de cette infraction serait objective et non subjective. À son avis, les mots « intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte » exigeaient que l'on examine l'état d'esprit subjectif de l'accusé, et l'état d'intoxication était pertinent dans le cadre de cet examen. Par conséquent, elle a conclu que l'art. 434 créait une infraction d'intention spécifique et elle a confirmé l'acquittement de M. Tatton.

[17] Le juge Goudge, dissident, a conclu que l'art. 434 prévoyait une infraction d'intention générale et que l'on ne pouvait donc pas tenir compte d'une intoxication sans automatisme. Il a estimé que la *mens rea* requise dans le cas de l'infraction prévue à l'art. 434 n'exigeait pas davantage que l'intention de commettre l'*actus reus* et qu'il n'était pas nécessaire de démontrer une intention cachée. Il s'est également dit d'avis que l'incendie criminel était le type d'infraction que les gens sont susceptibles de commettre lorsqu'ils sont intoxiqués et qu'il existait donc de bonnes raisons de politique générale de ne pas permettre à un accusé d'invoquer l'intoxication volontaire comme moyen de défense.

[18] Le juge Goudge n'a pas souscrit à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle le fait d'empêcher l'accusé d'invoquer son intoxication transformait l'analyse de la *mens rea* en une analyse objective. Selon lui, l'analyse ne consiste pas à se demander si une personne raisonnable aurait prévu le risque que des dommages soient causés aux biens, mais plutôt si l'accusé concerné aurait prévu le risque s'il avait été sobre. Cette approche conservait

not a specific intent offence and that the trial judge erred in concluding otherwise. Justice Goudge held that the error had a material bearing on the outcome. Hence, he would have ordered a new trial.

l'élément subjectif nécessaire de la *mens rea.* Il s'ensuivait que l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 n'était pas une infraction d'intention spécifique et que le juge du procès avait commis une erreur en tirant une conclusion différente. Le juge Goudge a conclu que cette erreur avait eu une incidence significative sur le résultat. Il aurait par conséquent ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Issues

[19] There are two issues on appeal:

1. Is arson contrary to s. 434 a general or specific intent offence?

2. If arson contrary to s. 434 is a general intent offence, did the trial judge's error have a material bearing on the verdict?

IV. Questions en litige

[19] Le présent pourvoi soulève les deux questions suivantes :

1. L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique?

2. Si l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est une infraction d'intention générale, l'erreur du juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict?

V. Analysis

A. *Is Arson Contrary to Section 434 a General or Specific Intent Offence?*

(1) The Classification of General and Specific Intent Offences

[20] The classification of an offence as one involving general or specific intent has important consequences for the accused. The law does not allow offenders to rely on self-induced intoxication falling short of automatism as an excuse for general intent offences: *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, at p. 123; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 865 and 878-80.

[21] Although the labels "general intent" and "specific intent" are entrenched in Canadian law, they are not particularly helpful in describing the actual mental element required for a crime: *Daviault*, at p. 123;

V. Analyse

A. *L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique?*

(1) Qualification des infractions en infractions d'intention générale ou d'intention spécifique

[20] La qualification d'une infraction en infraction d'intention générale ou d'intention spécifique a d'importantes conséquences pour l'accusé. Le droit ne permet pas aux contrevenants d'invoquer une intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, p. 123; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 865 et 878-880.

[21] Bien que les qualificatifs « intention générale » et « intention spécifique » soient consacrés en droit canadien, ils ne sont pas particulièrement utiles pour définir l'élément moral effectivement requis

Bernard, at p. 854 (per Dickson C.J., dissenting). The mental element of specific intent crimes is no more "specific", in the everyday sense of the word, than the mental element of general intent crimes. Rather, as we shall see, the distinction lies in the complexity of the thought and reasoning processes that make up the mental element of a particular offence, and the social policy underlying the offence.

[22] This Court's decision in *Daviault* is the leading case on the distinction between general and specific intent crimes. Unfortunately, it has not resolved the confusion surrounding this issue. The general/specific intent dichotomy continues to perplex counsel and trial courts alike. It has been criticized as illogical and as leading to "arbitrary and inconsistent results from court to court, offence to offence and jurisdiction to jurisdiction": G. Ferguson, "The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation" (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111, at p. 123. See also T. Quigley, "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 *Dal. L.J.* 75; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at pp. 437-39; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 389; S. H. Berner, "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, at pp. 333-34.

[23] The confusion surrounding the general/specific intent distinction is part of a larger problem that has plagued the Canadian criminal law for decades. Regrettably, the *Criminal Code* often provides no clear direction about the required mental element for a given offence. It is therefore left to judges to attempt to divine the required mental element (also referred to as the degree of fault). As Professor Don Stuart states in *Canadian Criminal Law*, at p. vii:

dans le cas d'un crime : *Daviault*, p. 123; *Bernard*, p. 854 (le juge en chef Dickson, dissident). L'élément moral du crime d'intention spécifique n'est pas plus « spécifique », au sens courant du terme, que l'élément moral du crime d'intention générale. Comme nous le verrons, la distinction réside plutôt dans la complexité du processus de pensée et de raisonnement qui constitue l'élément moral de l'infraction en cause, et dans les considérations de politique sociale qui sous-tendent la création de l'infraction.

[22] L'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Daviault* est l'arrêt déterminant sur la distinction à établir entre les crimes d'intention générale et les crimes d'intention spécifique. Malheureusement, cette décision n'a pas dissipé la confusion qui entoure cette question. La dichotomie intention générale/intention spécifique continue à déconcerter tant les avocats que les tribunaux de première instance. On lui a reproché son illogisme et le fait qu'elle conduise à [TRADUCTION] « des résultats arbitraires et contradictoires selon le tribunal, l'infraction ou la province concernée » : G. Ferguson, « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111, p. 123. Voir également T. Quigley, « Specific and General Nonsense? » (1987), 11 *Dal. L.J.* 75; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5e éd. 2007), p. 437-439; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4e éd. 2009), p. 389; S. H. Berner, « The Defense of Drunkenness — A Reconsideration » (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, p. 333-334.

[23] La confusion entourant la distinction entre l'infraction d'intention générale et l'infraction d'intention spécifique fait partie d'un problème plus vaste qui afflige le droit criminel canadien depuis des décennies. Malheureusement, le *Code criminel* offre souvent peu d'indices clairs au sujet de l'élément moral requis pour une infraction déterminée. Il revient donc aux juges d'essayer de deviner l'élément moral requis (également appelé degré de faute). Comme l'explique le professeur Don Stuart dans son ouvrage *Canadian Criminal Law*, p. vii :

Our adversary system, which requires cases to be fairly put to impartial judges or juries, and the presumption of innocence, cannot work with legitimacy where there is confusion as to the applicable tests on even basic matters such as the fault requirement . . . .

[24] Professor Stuart is not alone in this. He and other academics and law reform bodies have urged that the *Criminal Code* be amended to specify the mental element and fault requirement for each crime: see, e.g., Law Reform Commission of Canada, *Report on Recodifying Criminal Law* (1987), at pp. 17 and 21-25; Canadian Bar Association's Criminal Recodification Task Force, *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992), at pp. 41-49; D. Stuart, "A Case for a General Part", in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), 95, at pp. 110-13.

[25] The shortcoming identified by Professor Stuart and other scholars is the source of the difficulty in determining whether an offence is one of general or specific intent. Legislative intervention is sorely needed to spell out the mental element of offences and to specify when intoxication short of automatism can be considered. However, until that day comes we are left with the existing regime. Therefore, before turning to the proper classification of the offence in s. 434 of the *Criminal Code*, I propose to review the analysis in *Daviault* in the hope of shedding a bit more light on the general/specific intent distinction.

(a) *The Decision in R. v. Daviault*

[26] In *Daviault*, this Court examined whether an accused who is in a state of extreme intoxication, akin to automatism, may rely on drunkenness as a defence to a general intent crime. In analysing

[TRADUCTION] Notre système accusatoire, qui exige que les causes soient soumises de façon équitable à des juges ou des jurés impartiaux, et la présomption d'innocence, ne peuvent fonctionner de façon légitime lorsque les critères applicables à des questions aussi fondamentales que les exigences en matière de faute sont confus . . .

[24] Le professeur Stuart n'est pas le seul à faire état du problème. D'autres auteurs de doctrine et organismes de réforme du droit ont joint leur voix à la sienne pour réclamer des modifications au *Code criminel* afin de préciser l'exigence relative à l'élément moral et à la faute pour chaque crime : voir, p. ex., Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), p. 17 et 22-28; Association du Barreau canadien, Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal, *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (1992), p. 47-55; D. Stuart, « A Case for a General Part », dans D. Stuart, R. J. Delisle et A. Manson, dir., *Towards a Clear and Just Criminal Law : A Criminal Reports Forum* (1999), 95, p. 110-113.

[25] La lacune qu'ont décelée le professeur Stuart et d'autres auteurs est la source des difficultés que pose la question de savoir si une infraction requiert une intention générale ou spécifique. Il est essentiel que le législateur intervienne pour définir l'élément moral des infractions et préciser dans quels cas on peut tenir compte de l'intoxication sans automatisme. D'ici à ce qu'il le fasse, toutefois, il nous faut composer avec le régime actuel. Par conséquent, avant d'examiner dans quelle catégorie il convient de ranger l'infraction prévue à l'art. 434 du *Code criminel*, je me propose de reprendre l'analyse de l'arrêt *Daviault* dans l'espoir d'éclairer un peu plus la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique.

a) *L'arrêt R. c. Daviault*

[26] Dans *Daviault*, notre Cour s'est demandé si un accusé se trouvant dans un état d'intoxication extrême apparenté à l'automatisme pouvait invoquer l'ivresse comme moyen de défense à l'égard

this issue, the distinction between general and specific intent offences was discussed at some length by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). He held that two factors help distinguish crimes of general intent from those of specific intent: first, "[t]he nature of the mental element and its relative importance" and second, "the social policy sought to be attained by criminalizing the particular conduct": p. 122.

[27] Justice Sopinka specified that general intent crimes involve "the minimal intent to do the act which constitutes the *actus reus*": *Daviault*, at p. 123. Because such crimes involve minimal thought and reasoning processes, even a high degree of intoxication short of automatism is unlikely to deprive the accused of the slight degree of mental acuity required to commit them (*ibid.*). In his view, this feature alone provided a sound policy basis for precluding reliance on the defence of intoxication (*ibid.*). Bearing in mind the common sense inference that a person intends the natural consequences of his or her actions, one can typically infer intent from the performance of the act. It is therefore logical that for crimes involving a minimal mental element, intoxication short of automatism will have no role to play. Moreover, as Sopinka J. observed, general intent crimes tend to be "offences that persons who are drunk are apt to commit" (*ibid.*). It followed, in his view, that allowing intoxication to operate as a defence would contradict the social policy underlying these crimes.

[28] In contrast, Sopinka J. held that specific intent crimes require a heightened mental element. For example, they often require "the formation of further ulterior motives and purposes": *Daviault*, at p. 123, citing *Bernard*, at p. 880, per McIntyre J. Because such crimes require more complicated thought and reasoning processes, one can readily

d'un crime d'intention générale. En analysant cette question, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point) a examiné en profondeur la distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique. Il a expliqué que deux facteurs contribuaient à distinguer les crimes d'intention générale des crimes d'intention spécifiques : en premier lieu, « [l]a nature et l'importance relative de l'élément moral » et, en second lieu, « la politique sociale que le législateur cherche à appliquer en criminalisant la conduite particulière visée » : p. 122.

[27] Le juge Sopinka a précisé que les infractions d'intention générale comportent « l'intention minimale d'accomplir l'acte qui constitue l'*actus reus* » : *Daviault*, p. 123. Comme ces crimes supposent un processus de pensée et de raisonnement minimal, il est peu probable que même l'accusé se trouvant dans un état d'intoxication avancé sans automatisme soit dépourvu du degré minimal d'acuité mentale nécessaire pour commettre les crimes en question (*ibid.*). À son avis, à lui seul, ce facteur offrait de solides considérations d'ordre public justifiant d'empêcher l'accusé d'invoquer la défense d'intoxication (*ibid.*). Si l'on tient compte du principe logique suivant lequel une personne est présumée vouloir les conséquences naturelles de ses actes, on peut normalement déduire l'intention de la perpétration de l'acte. Il est donc logique que, dans le cas des crimes comportant un élément moral minimal, l'intoxication sans automatisme ne joue aucun rôle. De plus, ainsi que le juge Sopinka l'a fait observer, les crimes d'intention générale sont généralement « [des] infractions que des personnes en état d'ébriété sont susceptibles de commettre » (*ibid.*). Il s'ensuit, selon lui, qu'admettre l'intoxication comme moyen de défense contredirait la politique sociale qui est à la base de la création de ces crimes.

[28] Par contre, le juge Sopinka a estimé que les crimes d'intention spécifique requièrent un élément moral plus élevé. Par exemple, ces crimes commandent souvent « l'existence d'autres motifs et desseins » : *Daviault*, p. 123-124, citant *Bernard*, p. 880, le juge McIntyre. Comme ces crimes nécessitent des processus de pensée et de raisonnement

understand how intoxication short of automatism may negate the required mental element. As such, specific intent offences are less likely to be the type of offences that intoxicated people are apt to commit. For that reason, policy considerations that might otherwise militate against a defence of intoxication are less pressing.

[29] Justice Sopinka noted another policy reason for permitting the defence of intoxication in respect of specific intent offences, namely, specific intent offences often include lesser offences that only require general intent. In such cases, an intoxicated offender will not escape punishment altogether: *Daviault*, at p. 124.

(b) *The Appropriate Approach to Classifying Specific and General Intent Offences*

[30] The analysis of whether an offence is one of specific or general intent must start with a determination of the mental element of the offence in question. This is an exercise in statutory interpretation. Care should be taken not to turn it into a factual assessment based on the circumstances of the particular case.

[31] After the mental element of the provision has been determined, the next question is whether the crime is one of general or specific intent. The distinction between general and specific intent offences is not a precise science. Logic, intuition, and policy all play a part. The task has proved formidable to those who have been schooled in criminal law, and daunting to those who have not.

[32] Be that as it may, the place to begin in determining the appropriate classification of the offence is

plus complexes, on peut aisément comprendre comment l'intoxication sans automatisme peut réduire à néant l'élément moral requis. Il est donc moins probable que les infractions d'intention spécifique correspondent au type d'infractions que des personnes en état d'ébriété sont susceptibles de commettre. Pour cette raison, les considérations de politique générale (« *policy considerations* »), appelées considérations d'ordre public dans *Daviault*, qui pourraient autrement militer contre une défense d'intoxication sont moins impérieuses.

[29] Le juge Sopinka a signalé l'existence d'une autre raison de politique générale qui justifierait de permettre la défense d'intoxication à l'égard des infractions d'intention spécifique, précisant qu'il arrivait fréquemment que ces infractions comprennent des infractions moindres qui exigeaient seulement une intention générale. En pareils cas, un contrevenant intoxiqué n'échappera pas à tout châtiment : *Daviault*, p. 124.

b) *Démarche à suivre pour qualifier une infraction d'infraction d'intention spécifique ou générale*

[30] Pour établir si une infraction est une infraction d'intention spécifique ou d'intention générale, il faut tout d'abord en déterminer l'élément moral. Cette analyse relève de l'interprétation des lois. Il faut se garder de transformer cette analyse en un examen des faits basé sur les circonstances propres à l'affaire.

[31] Après avoir déterminé l'élément moral de la disposition, il faut se demander s'il s'agit d'un crime d'intention générale ou spécifique. Établir une distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique ne repose pas sur une science exacte. La logique, l'intuition et les considérations de politique générale ont toutes un rôle à jouer. Cette tâche s'est avérée ardue pour ceux qui ont étudié le droit criminel et redoutable pour les profanes.

[32] Quoi qu'il en soit, pour bien qualifier une infraction, il convient tout d'abord d'examiner la

to look to existing jurisprudence. Where the jurisprudence has already determined the appropriate classification of the offence in a satisfactory manner, the task is straightforward. For example, this Court has established that sexual assault is a general intent offence, whereas robbery and murder are specific intent offences: see *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, and *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293 (sexual assault); *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871 (robbery); and *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146 (murder). For these offences and for others that have been satisfactorily addressed by existing jurisprudence, there is no need to examine the question again. The framework that follows is meant to clarify, not change the law as set out in *Daviault*. However, if the jurisprudence is unclear, courts must examine the factors outlined in *Daviault*, as clarified below, to resolve the question.

[33] While *Daviault* made clear that there are two main considerations when determining if intoxication short of automatism can be considered — the "importance" of the mental element, and the social policy underlying the offence — it left certain questions unanswered. First, it provided no clear explanation of what is meant by the "importance" of the mental element. Second, it did not specify whether policy considerations should always play a role in the analysis or whether they should only come into play if an examination of the mental element left unclear how the offence should be characterized. I turn to these questions in the hope of bringing some added clarity to an area of the law that continues to perplex and confound.

(i) The "Importance" of the Mental Element

[34] *Daviault* specified that the nature of the mental element and its "relative importance" form the basis for the analysis. Although Sopinka J. did not explain what he meant by the "importance" of the mental element, it is clear that he was referring to the complexity of the thought and reasoning processes that make up the mental element of a particular

jurisprudence existante. Lorsque l'infraction a déjà été qualifiée de façon satisfaisante dans la jurisprudence, la tâche est simple. Par exemple, notre Cour a établi que l'agression sexuelle est une infraction d'intention générale, alors que le vol qualifié et le meurtre sont des infractions d'intention spécifique : voir *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, et *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293 (agression sexuelle); *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871 (vol qualifié); et *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146 (meurtre). Dans le cas de ces infractions et d'autres qui ont été examinées de façon satisfaisante par la jurisprudence existante, il n'est pas nécessaire de revoir la question. Le cadre d'analyse qui suit vise à clarifier l'état du droit exposé dans *Daviault*, et non à le modifier. Cependant, si la jurisprudence est incertaine, les tribunaux doivent examiner les facteurs qui ont été énoncés dans *Daviault* et précisés ci-dessous pour résoudre la question.

[33] Bien que l'arrêt *Daviault* ait indiqué de façon claire que deux facteurs principaux doivent être considérés pour décider si l'intoxication sans automatisme peut être invoquée — l'« importance » de l'élément moral et la politique sociale qui sous-tend la création de l'infraction — il a toutefois laissé certaines questions sans réponse. Premièrement, il n'a pas expliqué clairement ce qu'il faut entendre par l'« importance » de l'élément moral. Deuxièmement, il n'a pas précisé si les considérations de politique générale doivent toujours jouer un rôle dans cette analyse ou si elles ne doivent intervenir que si, après examen de l'élément moral, on ne sait toujours pas comment qualifier l'infraction. J'aborde ces questions dans l'espoir d'apporter quelques précisions supplémentaires dans un domaine du droit où subsistent encore l'incertitude et la confusion.

(i) L'« importance » de l'élément moral

[34] L'arrêt *Daviault* a précisé que la nature de l'élément moral et son « importance relative » constituent le fondement de l'analyse. Bien que le juge Sopinka n'ait pas expliqué ce qu'il entendait par l'« importance » de l'élément moral, il est clair qu'il faisait allusion à la complexité des processus de pensée et de raisonnement qui constituent l'élément

offence. The thought and reasoning processes for general intent crimes are relatively straightforward. In contrast, specific intent crimes — those crimes with a more "important" mental element — require a more sophisticated reasoning process.

[35] For general intent crimes, the mental element simply relates to the performance of an illegal act. Such crimes do not require an intent to bring about certain consequences that are external to the *actus reus*: *Bernard*, at p. 863; *George*, at p. 877 (per Fauteux J.). Assault is a classic example. The accused must intentionally apply force; however, there is no requirement that he intend to cause injury. Likewise, crimes of general intent do not require actual knowledge of certain circumstances or consequences, to the extent that such knowledge is the product of complex thought and reasoning processes. In each instance, the mental element is straightforward and requires little mental acuity.

[36] To be clear, when I refer to a mental element that is "straightforward" and involving "little mental acuity", I am not creating a new legal standard for general intent offences. Rather, I am using these phrases synonymously with the descriptors used in *Daviault*: "minimal intent" and "minimal degree of consciousness": p. 123.

[37] In contrast, specific intent offences involve a heightened mental element. In *Daviault*, Sopinka J. limited his discussion of specific intent offences to crimes involving an ulterior purpose. For such crimes, the accused must not only intend to do the act that constitutes the *actus reus*, he must also act with an ulterior purpose in mind: Manning and Sankoff, at p. 386. For example, assault with intent to resist arrest is an offence containing an ulterior purpose. The accused must not only commit the assault, he must also act with the ulterior purpose of resisting arrest. It is irrelevant whether he actually succeeds in resisting

moral d'une infraction déterminée. Les processus de pensée et de raisonnement sont relativement simples dans le cas des crimes d'intention générale. Par contre, les crimes d'intention spécifique — les crimes comportant un élément moral plus « important » — exigent un processus de raisonnement plus complexe.

[35] Dans le cas des crimes d'intention générale, l'élément moral se rattache simplement à la perpétration de l'acte illégal. De tels crimes n'exigent pas l'existence d'une intention de faire survenir certaines conséquences étrangères à l'*actus reus* : *Bernard*, p. 863; *George*, p. 877 (le juge Fauteux). Les voies de fait constituent un exemple classique. L'accusé doit recourir intentionnellement à la force; cependant, il n'est pas nécessaire qu'il ait l'intention de causer des blessures. De même, les crimes d'intention générale n'exigent pas la connaissance effective de certaines circonstances ou conséquences dans la mesure où cette connaissance est le produit de processus de pensée et de raisonnement complexes. Dans chaque cas, l'élément moral est simple et ne requiert qu'une faible acuité mentale.

[36] Je tiens à préciser que, quand je parle d'un élément moral « simple » qui suppose une « faible acuité mentale », je ne crée pas une nouvelle norme juridique applicable aux infractions d'intention générale. J'emploie plutôt ces expressions comme synonymes des termes descriptifs utilisés dans *Daviault*, soit « intention minimale » et « degré minimal de conscience » : p. 123.

[37] Par contre, les infractions d'intention spécifique supposent un élément moral plus élevé. Dans l'arrêt *Daviault*, le juge Sopinka a limité son analyse des infractions d'intention spécifique aux crimes comportant une intention cachée. Relativement à ces crimes, l'accusé doit non seulement avoir l'intention d'accomplir l'acte qui constitue l'*actus reus*, mais il doit également être motivé par une intention cachée : Manning et Sankoff, p. 386. Par exemple, des voies de fait commises dans l'intention de résister à une arrestation constituent une infraction comportant une intention cachée. L'accusé

arrest; the offence simply requires that he act with that purpose in mind.

[38] Although Sopinka J. restricted his discussion of specific intent offences to crimes involving an ulterior purpose, it would be a mistake to assume that an ulterior purpose is always required. To the contrary, a heightened mental element could take the form of a requirement that the accused intend and bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. Murder provides a classic example. Equally, a heightened mental element could take the form of a requirement that the accused have actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes: see, e.g., M. T. Thornton, "Making Sense of *Majewski*" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464, at p. 482. Possession of stolen property is one such crime. The accused must actually know or be willfully blind to the fact that the goods he or she possesses are stolen. Although this offence contains no ulterior purpose, the knowledge component renders the mental element more acute. Intoxication is therefore available as a defence for such crimes.

[39] To summarize, specific intent offences contain a heightened mental element. That element may take the form of an ulterior purpose or it may entail actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes. Alternatively, it may involve intent to bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. General intent offences, on the other hand, require very little mental acuity.

doit non seulement commettre les voies de fait, mais il doit également agir avec l'intention cachée de résister à l'arrestation. Il importe peu qu'il réussisse effectivement à résister à l'arrestation; l'infraction exige simplement qu'il agisse avec ce mobile en tête.

[38] Bien que le juge Sopinka ait limité son analyse des infractions d'intention spécifique aux crimes comportant une intention cachée, on aurait tort de supposer que l'existence d'une intention cachée est toujours nécessaire. Au contraire, l'élément moral plus élevé pourrait prendre la forme d'une exigence requérant que l'accusé ait eu l'intention de faire survenir certaines conséquences et les ait fait survenir, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. Le meurtre est un exemple classique. De même, l'élément moral plus élevé pourrait se présenter sous la forme d'une exigence voulant que l'accusé soit effectivement conscient de certaines circonstances ou conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et raisonnement plus complexes : voir, p. ex., M. T. Thornton, « Making Sense of *Majewski* » (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464, p. 482. Le recel constitue un tel crime. L'accusé doit effectivement savoir que les biens en sa possession ont été volés ou faire preuve à cet égard d'un aveuglement volontaire. Quoique cette infraction ne comporte pas une intention cachée, la connaissance requise de l'accusé accentue davantage l'élément moral. L'intoxication peut donc être invoquée comme moyen de défense à l'égard de ces crimes.

[39] Pour résumer, les infractions d'intention spécifique comportent un élément moral plus élevé. Cet élément peut prendre la forme d'une intention cachée, ou requérir la connaissance effective de certains faits ou de certaines conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et de raisonnement plus complexes. À titre subsidiaire, il peut supposer l'intention de faire survenir certaines conséquences, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. Quant à elles, les infractions d'intention générale exigent une acuité mentale minimale.

(ii) The Role of Policy

[40] The second question that *Daviault* left unanswered is the stage at which policy ought to be considered. Confusion remains about whether policy should be considered in every case or whether it should only come into play if an examination of the mental element leaves it unclear how the offence should be characterized.

[41] In my view, the most logical approach is to first examine the nature of the mental element. Only when this analysis fails to yield a clear answer should one turn to policy considerations. As *Daviault* explains, policy considerations are closely tied to the nature of the mental element. General intent crimes involve such minimal mental acuity that it is difficult to see how intoxication short of automatism could deprive the accused of the low level of intent required. This provides a strong policy reason for precluding reliance on intoxication for these offences: *Daviault*, at p. 123. It also explains why it is constitutionally permissible to render the intoxication defence unavailable for general intent offences: *ibid.*, at pp. 99-100. In contrast, one can more readily understand how the more complex thought and reasoning processes required for specific intent crimes may be negated by an accused's intoxication. For that reason, policy suggests that intoxication can be considered for specific intent crimes. The nature of the mental element is already intertwined with policy considerations. Thus, if an examination of the mental element clearly indicates how the offence should be characterized, there is little reason to resort to policy considerations.

[42] However, if an examination of the mental element does not provide a clear answer, policy

(ii) Le rôle des considérations de politique générale

[40] La seconde question que l'arrêt *Daviault* a laissée sans réponse est celle de savoir à quelle étape il y a lieu de tenir compte de considérations de politique générale. On ne sait pas toujours s'il faudrait tenir compte de telles considérations dans chaque cas ou si celles-ci ne devraient entrer en jeu que si l'examen de l'élément moral n'a pas permis de qualifier l'infraction.

[41] À mon avis, la méthode la plus logique consiste à examiner d'abord la nature de l'élément moral. Ce n'est que lorsque cette analyse ne permet pas d'obtenir une réponse claire que l'on devrait passer à l'examen des considérations de politique générale. Comme l'arrêt *Daviault* l'explique, ces considérations sont étroitement liées à la nature de l'élément moral. Les crimes d'intention générale comportent un degré d'acuité mentale si peu élevé qu'il est difficile de concevoir que l'intoxication sans automatisme puisse priver l'accusé du faible degré d'intention exigé. Il s'agit là d'une solide raison de politique générale justifiant que l'on refuse à l'accusé d'invoquer l'intoxication dans le cas de ces infractions : *Daviault*, p. 123. Cet arrêt explique aussi pourquoi la Constitution permet de rendre la défense d'intoxication inopposable aux infractions d'intention générale : *ibid.*, p. 99-100. En revanche, on peut plus aisément comprendre que l'état d'intoxication de l'accusé puisse réduire à néant les processus de pensée et de raisonnement plus complexes nécessaires dans le cas des crimes d'intention spécifique. C'est pourquoi des considérations de politique générale laissent croire à la possibilité de tenir compte de l'intoxication à l'égard des crimes d'intention spécifique. De par sa nature, l'élément moral est déjà indissociable de ces considérations. Par conséquent, si l'examen de l'élément moral indique clairement la façon de qualifier l'infraction, il y a peu de raison de recourir à des considérations de politique générale.

[42] Toutefois, si l'examen de l'élément moral ne permet pas d'obtenir une réponse claire, le recours

considerations may help resolve the question. In the main, the policy assessment will focus on whether alcohol consumption is habitually associated with the crime in question. If it is, then allowing an accused to rely on intoxication as a defence would seem counterintuitive. For example, intoxication is often associated with the crime of sexual assault. Allowing self-induced intoxication to provide an accused with a defence would be to endorse, if not promote, the very behaviour that has historically proved to be a root cause of the problem.[1] And while the law and common sense may not always coincide, we should not be looking for ways to send them scurrying in opposite directions. By the same token, where self-induced intoxication rarely, if ever, plays a role in the commission of a particular crime, preventing an accused from relying on it makes less sense from a policy perspective.

[43] As a general observation, and without setting out a general rule, alcohol habitually plays a role in crimes involving violent or unruly conduct: *Bernard*, at p. 880. It also tends to be prevalent in crimes involving damage to property. As such, it makes little sense from a policy perspective that it should provide a defence for crimes in which people or property are harmed or endangered: *Daviault*, at p. 123. Of course, there are well-established exceptions to this general proposition. Murder, for example, has long been considered a crime of specific intent for which the defence of intoxication is available. As *Daviault* explains, at p. 124, this is a function of the heightened thought and reasoning processes required, the gravity of the offence, the serious fixed punishment upon conviction, and the availability of the lesser included offence of manslaughter. It is therefore incorrect to state that intoxication may never be considered in crimes involving

[1] The *Criminal Code* now explicitly states that an accused may not rely on intoxication to support his mistaken belief in the complainant's consent: see s. 273.2. However, this was the position at common law long before s. 273.2 was enacted (S.C. 1992, c. 38, s. 1): see *Leary*.

aux considérations de politique générale peut aider à résoudre la question. L'examen de ces considérations portera essentiellement sur la question de savoir si la consommation d'alcool est habituellement associée au crime en question. Dans l'affirmative, il semblerait paradoxal de permettre à l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense. Par exemple, l'intoxication est souvent associée au crime d'agression sexuelle. Permettre à un accusé d'invoquer l'intoxication volontaire comme moyen de défense reviendrait à approuver, sinon à promouvoir, le comportement même qui s'est toujours révélé une des causes premières du problème[1]. En outre, bien que le droit et le bon sens paraissent ne pas toujours coïncider, nous ne devrions pas pour autant chercher des façons de les projeter dans des directions opposées. Dans le même ordre d'idées, dans les cas où l'intoxication volontaire joue rarement, voire jamais, un rôle dans la perpétration d'un crime déterminé, il est moins logique, du point de vue de la politique générale, d'empêcher l'accusé d'invoquer ce moyen de défense.

[43] À titre d'observation générale, et sans poser un principe universel, l'alcool joue habituellement un rôle dans les crimes liés à un comportement violent ou désordonné : *Bernard*, p. 880. Il a également tendance à se retrouver fréquemment dans les crimes comportant des dommages aux biens. Il est donc peu logique du point de vue de la politique générale que l'alcool puisse être invoqué comme moyen de défense dans le cas de crimes causant des blessures, des dommages ou mettant en danger des personnes ou des biens : *Daviault*, p. 123. Il existe évidemment des exceptions bien connues à ce principe général. Le meurtre, par exemple, est depuis longtemps considéré comme un crime d'intention spécifique à l'égard duquel la défense d'intoxication peut être invoquée. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Daviault*, p. 124, cette exception s'explique par les processus de pensée et de raisonnement plus poussés que ce crime implique, ainsi que par la

[1] Le *Code criminel* prévoit maintenant explicitement que l'accusé ne peut invoquer l'intoxication pour justifier le fait qu'il croyait à tort que le plaignant était consentant : voir l'art. 273.2. Ce principe était toutefois reconnu en common law bien avant l'édiction de l'art. 273.2 (L.C. 1992, c. 38, art. 1) : voir *Leary*.

violence against people or damage to property. However, given the prevalence of alcohol in these crimes, there are likely to be strong policy reasons militating against an intoxication-based defence.

[44] Although the main focus of the policy inquiry will be on whether alcohol is habitually associated with the crime in question, there are other residual policy considerations that may also come into play. As noted in *Daviault*, the presence of a lesser included general intent offence in the main offence may be relevant. In such cases, an accused who successfully relies on intoxication to negate the heightened mental element of the main offence can still be convicted of the lesser included offence. Drunkenness will provide no defence to the lesser offence. For example, an accused who successfully raises intoxication as a defence to a charge of assault with intent to resist arrest may still be convicted of the lesser included offence of assault. In these situations, the intoxicated offender will not escape punishment altogether. Consequently, there is less impetus to preclude the accused from advancing intoxication as a defence to the main offence.

[45] In addition, the presence of judicial sentencing discretion may be a factor to consider. If the crime is one for which the accused will receive a heavy minimum sentence upon conviction, it may be unduly harsh to preclude consideration of intoxication. However, if the judge has discretion to tailor the sentence to the facts of the case and to consider

gravité de l'infraction, par la gravité de la peine fixe infligée en cas de déclaration de culpabilité et par la possibilité que l'accusé soit reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il est donc inexact d'affirmer que l'on ne peut jamais tenir compte de l'intoxication dans le cas de crimes comportant des actes de violence contre des personnes ou causant des dommages aux biens. Toutefois, comme la présence de l'alcool est fréquente dans le cas de ces crimes, il est probable que de solides raisons de politique générale militeront contre la possibilité de plaider l'intoxication comme moyen de défense.

[44] Même si l'examen des considérations de politique générale vise principalement à déterminer si l'alcool est habituellement associé au crime en question, d'autres considérations de cette nature peuvent aussi entrer en jeu. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Daviault*, l'existence d'une infraction d'intention générale moindre et incluse peut être un facteur pertinent. En pareils cas, l'accusé qui invoque avec succès son état d'intoxication en vue de réduire à néant l'élément moral plus élevé de l'infraction principale peut néanmoins être déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse. L'ivresse ne lui offrira aucun moyen de défense à l'encontre de l'infraction moindre et incluse. Par exemple, un accusé qui plaide avec succès l'intoxication à l'encontre d'une accusation de voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation peut quand même être reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait. Dans une telle situation, le contrevenant intoxiqué n'échappera pas à tout châtiment. En conséquence, il y a moins d'intérêt à empêcher l'accusé d'avancer l'intoxication comme moyen de défense à l'encontre de l'infraction principale.

[45] De plus, l'existence du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination de la peine peut être un facteur à considérer. S'il s'agit d'un crime pour lequel l'accusé se verra infliger une lourde peine minimale s'il est reconnu coupable, il peut être trop sévère d'empêcher la prise en compte de l'intoxication. Cependant, si le juge dispose du

the accused's intoxication as part of that assessment, precluding the accused from advancing a defence of intoxication is less worrisome: *Daviault*, at p. 124.

(2) The Application of the Legal Framework to the Section 434 Offence

[46] The crime of arson has existed for many years, and the *Criminal Code* provisions have gone through many iterations. Over the years, courts have been divided on whether the offence of arson in s. 434 (and its predecessors) is a crime of general or specific intent: see, e.g., *R. v. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316 (Y.T.C.A.) (specific intent); *R. v. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150 (C.A.) (specific intent); and *R. v. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85 (Ont. C.A.) (general intent), relying on *R. v. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.).

[47] Applying the framework outlined above to the offence of arson in s. 434, I am satisfied that s. 434 is a general intent offence for which intoxication falling short of automatism is not available as a defence. For convenience, I repeat the provision:

434. Every person who intentionally or recklessly causes damage by fire or explosion to property that is not wholly owned by that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[48] The *actus reus* is the damaging of property by fire. The mental element is the intentional or reckless performance of the illegal act — the causing of damage to property. No additional knowledge or purpose is needed. No complex thought or reasoning processes are required. On its face, the

pouvoir discrétionnaire d'adapter la peine en fonction des faits de l'espèce et de tenir compte de l'état d'intoxication de l'accusé dans cette appréciation, il est moins préoccupant d'empêcher l'accusé de faire valoir la défense d'intoxication : *Daviault*, p. 124.

(2) Application du cadre juridique à l'infraction prévue à l'art. 434

[46] Le crime d'incendie criminel existe depuis de nombreuses années et les dispositions du *Code criminel* à ce sujet ont connu maintes versions. Au fil des ans, les tribunaux ont exprimé des opinions divergentes sur la question de savoir si l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 (et les dispositions qui l'ont précédé) constitue un crime d'intention générale ou d'intention spécifique : voir, p. ex., *R. c. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316 (C.A.T.Y.) (intention spécifique); *R. c. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150 (C.A.) (intention spécifique); *R. c. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85 (C.A. Ont.) (intention générale), s'appuyant sur *R. c. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.).

[47] Appliquant le cadre exposé précédemment à l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434, je suis convaincu que cette disposition crée une infraction d'intention générale pour laquelle l'intoxication sans automatisme ne peut être invoquée comme moyen de défense. Par souci de commodité je reproduis de nouveau le texte de cette disposition :

434. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, cause par le feu ou par une explosion un dommage à un bien qui ne lui appartient pas en entier.

[48] Le fait de causer un dommage à un bien par le feu constitue l'*actus reus* de l'infraction. L'élément moral est l'accomplissement de l'acte illégal — à savoir le fait de causer un dommage à un bien — intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de cet acte. Aucun autre élément de

level of intent required for the offence would appear to be minimal.

[49] A majority of the Court of Appeal was concerned that if s. 434 were found to be a general intent offence, so as to preclude consideration of intoxication short of automatism, that would improperly transform the examination of recklessness into an objective inquiry. With respect, I cannot agree. Recklessness describes the act of one who sees the risk and acts without regard for the consequences: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 582. It always involves a subjective inquiry — and this case is no exception. However, the offence of arson under s. 434 does not involve sophisticated reasoning. The risk of damage by fire is typically obvious, even when it involves a chain of events and not the simple application of a match to the property in question.

[50] I have difficulty seeing how intoxication short of automatism would prevent an accused from foreseeing the risk of causing damage to someone else's property by fire. Complex reasoning is not required to recognize the danger. Thus, preventing an accused from advancing the defence of intoxication does not transform recklessness into an objective inquiry. Rather, it recognizes the fact that intoxication short of automatism will not deprive an accused of the minimal intent required for this crime.

[51] In view of this conclusion, there is no need to resort to policy considerations to determine the availability of the defence of intoxication. However, had I found it necessary to do so, I would have reached the same conclusion.

[52] Section 434 involves damage to property. Damage to property is often associated with alcohol consumption. The present case is no exception.

connaissance ou mobile n'est nécessaire. Aucun processus de pensée ou de raisonnement complexe n'est requis. À première vue, le degré d'intention exigé dans le cas de cette infraction semble minime.

[49] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont exprimé l'inquiétude que, si l'infraction prévue à l'art. 434 était qualifiée d'infraction d'intention générale, empêchant ainsi la prise en considération de l'état d'intoxication sans automatisme, cela aurait pour effet de transformer à tort l'examen de l'insouciance en une analyse objective. En toute déférence, je ne peux souscrire à ce raisonnement. L'insouciance correspond à la conduite d'une personne qui, voyant le risque, agit néanmoins en faisant fi des conséquences : *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 582. Elle suppose toujours une analyse subjective, et la présente affaire ne fait pas exception. Toutefois, le crime d'incendie criminel prévu à l'art. 434 n'implique pas un raisonnement poussé. Le risque de dommages causés par le feu est généralement évident, même lorsqu'il se manifeste dans un enchaînement d'événements et non par la simple application d'une allumette enflammée au bien en question.

[50] J'ai peine à voir comment l'intoxication sans automatisme empêche un accusé de prévoir le risque de causer un dommage à la propriété d'autrui par le feu. Un raisonnement complexe n'est pas nécessaire pour reconnaître ce danger. Par conséquent, empêcher un accusé de faire valoir une défense d'intoxication ne transforme pas l'examen de la question de l'insouciance en une analyse objective, mais reconnaît plutôt le fait que l'intoxication sans automatisme n'empêche pas l'accusé d'avoir eu l'intention minimale requise pour commettre ce crime.

[51] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations de politique générale pour décider si la défense d'intoxication peut être plaidée. Cependant, si j'avais jugé nécessaire de le faire, je serais parvenu à la même conclusion.

[52] L'article 434 vise les dommages causés à des biens. Le fait de causer des dommages aux biens est souvent associé à la consommation d'alcool. La

In my view, it would erode the policy underlying the offence of causing damage to property by fire if an accused could rely on self-induced intoxication as a defence.

[53] For these reasons, I am respectfully of the view that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in characterizing s. 434 as a specific intent offence for which the defence of intoxication could be raised. Properly classified, s. 434 is a general intent offence, meaning that intoxication short of automatism may not be considered.

(3) Analysing Intent Under Section 434 of the *Criminal Code*

[54] Leaving aside the question of intoxication, ascertaining whether the intent required under s. 434 has been made out in a particular case can be a tricky exercise. As the trial judge and the majority of the Court of Appeal noted, there is a wide range of factual scenarios that may arise under s. 434 of the *Criminal Code*. Some cases may involve an accused who has set fire directly to the property in issue. Others, like this one, may involve an accused who has caused some object to catch fire, which in turn leads to damage to property. In the former, there is typically a ready-made inference that the accused intentionally or recklessly caused damage by fire. In the latter, such an inference may not be so obvious, and the assessment of intent can be obtuse. Without setting out a legal framework, I offer some suggestions that triers of fact may find helpful in deciding whether the requisite intent has been established.

[55] To begin, it must be remembered that the criminal act in s. 434 is not the setting of a fire. The conduct that has been criminalized is the causing of damage to property. The fire is simply the mechanism by which the damage must be caused. This distinction is crucial to the analysis.

présente affaire ne fait pas exception. À mon avis, on éroderait le respect des considérations de politique générale qui sont à l'origine de la création de l'infraction consistant à causer des dommages à des biens par le feu si l'on permettait à un accusé d'invoquer en défense son état d'intoxication volontaire.

[53] Pour ces motifs, et avec égards, je suis d'avis que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en qualifiant l'infraction prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention spécifique à l'égard de laquelle la défense d'intoxication pouvait être invoquée. Il convient plutôt de qualifier cette infraction d'infraction d'intention générale, ce qui signifie que l'intoxication sans automatisme ne peut être considérée.

(3) Analyse de l'intention exigée à l'art. 434 du *Code criminel*

[54] Si l'on fait abstraction de la question de l'intoxication, déterminer si l'intention exigée à l'art. 434 a été établie dans un cas donné peut s'avérer une tâche délicate. Comme l'ont souligné le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel, une vaste gamme de scénarios factuels peuvent se présenter dans l'application de l'art. 434 du *Code criminel*. Il est possible, dans certains cas, que l'accusé ait mis le feu directement au bien en cause. Dans d'autres, comme celui qui nous occupe, un objet peut avoir pris feu à cause de l'accusé, situation qui a entraîné des dommages à un bien. Dans le premier cas, on conclura habituellement de façon spontanée que l'accusé a, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes, endommagé le bien par le feu. Dans le second, cette conclusion peut ne pas être aussi évidente et la détermination de l'intention peut se révéler laborieuse. Sans proposer un cadre juridique, voici certaines suggestions que les juges des faits pourraient trouver utiles pour décider si l'intention requise a été démontrée.

[55] D'entrée de jeu, il convient de se rappeler que l'acte criminel que réprime l'art. 434 n'est pas celui de mettre le feu, mais le fait de causer des dommages à un bien. Le feu est simplement le moyen qui doit avoir causé le dommage. Cette distinction est cruciale dans l'analyse.

[56] In assessing the issue of intent, the trier of fact must of course consider all of the surrounding circumstances. How the fire started is likely to be an important consideration. Specifically, was the fire set accidentally, negligently, recklessly, or intentionally? The answer to this question will not be dispositive since, as I have explained, the act of setting a fire is not the conduct that has been criminalized under s. 434. Nonetheless, it will provide important context for the intent analysis.

[57] Deciding how the fire started is only one of the factors a trier of fact may wish to consider. The end game involves looking at all of the surrounding circumstances to determine whether it can be inferred that the accused intended to cause damage to someone else's property or was reckless whether damage ensued or not. The mere fact that the fire was set intentionally or recklessly may not be enough to establish that the accused intentionally or recklessly caused damage to the property. Context is important and will play a key role in determining whether such an inference can be drawn. Consider, for instance, a homeowner who has started a controlled fire in an outdoor fire pit. If a gust of wind picks up some burning leaves from the fire pit and blows them onto a neighbour's shed 20 metres away, it does not follow that he intentionally or recklessly damaged the shed. Notwithstanding his intentional setting of the original fire — namely, the fire in the fire pit — the surrounding circumstances may show that he did not intentionally or recklessly cause damage to the shed: see, e.g., *R. v. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157.

[58] In contrast, there are many situations in which an accused has intentionally or recklessly started a fire and the surrounding circumstances make it clear

[56] Lorsqu'il examine la question de l'intention, le juge des faits doit évidemment tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'infraction. La façon dont l'incendie a pris naissance sera probablement un facteur important. Plus précisément, l'incendie a-t-il été déclenché de façon accidentelle, par négligence, sans se soucier de ses conséquences ou intentionnellement? La réponse à cette question ne sera pas déterminante étant donné, comme je l'ai déjà expliqué, que l'acte consistant à mettre le feu n'est pas le comportement que criminalise l'art. 434. Néanmoins, elle fournira des données contextuelles importantes pour l'analyse de l'intention.

[57] Déterminer comment l'incendie a pris naissance n'est qu'un des facteurs que le juge des faits peut vouloir prendre en compte. Le but ultime consiste à examiner l'ensemble des circonstances de l'infraction pour décider s'il est possible d'en conclure que l'accusé entendait causer des dommages au bien d'autrui ou s'il ne s'est pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non. Le simple fait que l'incendie ait été déclenché intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de cet acte ne sera peut-être pas suffisant pour démontrer que l'accusé a ainsi causé un dommage. Le contexte est important et il jouera un rôle clé pour décider si une telle conclusion peut être tirée. Prenons par exemple le cas du propriétaire d'un bien-fonds qui a allumé un feu dans un foyer extérieur et qui le surveille. Si une bourrasque soulève des feuilles enflammées du foyer et les souffle sur la remise d'un voisin située à une vingtaine de mètres de là, il ne s'ensuit pas que ce propriétaire a endommagé la remise intentionnellement ou sans se soucier des conséquences du fait d'allumer un feu. Malgré le fait qu'il a intentionnellement allumé le premier feu — en l'occurrence celui allumé dans le foyer — les circonstances de l'infraction pourraient démontrer qu'il n'a pas, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, causé les dommages occasionnés à la remise : voir, p. ex., *R. c. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157.

[58] À l'opposé, il survient bien des situations où un accusé a déclenché un incendie intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son

that he or she intended to cause damage to property or was reckless whether damage ensued. Take, for instance, a person who has deliberately set fire to a towel. If that person were to drop the towel on the carpet and walk away without making any effort to extinguish the fire, it may be inferred that he or she intended to cause damage to property or was reckless whether damage ensued.

[59] In summary, the determinative question is not how the fire was started, although the answer to that question may provide important context. An accused's guilt under s. 434 hinges on whether he or she intentionally or recklessly caused damage to the property in question. So long as the trier of fact keeps this important distinction in mind and examines the relevant context and surrounding circumstances, the analysis of intent under s. 434 should be relatively straightforward.

B. *Did the Trial Judge's Error Have a Material Bearing on the Acquittal?*

[60] Although I have concluded that the trial judge erred in finding that he could consider Mr. Tatton's state of intoxication, this does not fully dispose of the appeal. To obtain a new trial, the Crown must demonstrate that the error might reasonably have had a material bearing on the acquittal. The Crown has a heavy onus. As this Court explained in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14:

> It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably

acte et où il ressort clairement des circonstances de l'infraction que cette personne entendait causer un dommage à un bien ou qu'elle ne se souciait pas que ce dommage s'ensuive ou non. Prenons l'exemple de la personne qui met volontairement le feu à une serviette. Si cette personne laisse tomber la serviette sur un tapis et quitte les lieux sans faire quoi que ce soit pour éteindre les flammes, il est possible de conclure qu'elle avait l'intention de causer un dommage au bien ou qu'elle ne se souciait pas qu'un dommage s'ensuive ou non.

[59] En résumé, la question déterminante n'est pas de savoir comment le feu a pris naissance, quoique la réponse à cette question puisse fournir d'importantes données contextuelles. La culpabilité d'un accusé aux termes de l'art. 434 dépend de la réponse à la question de savoir s'il a, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, causé un dommage au bien en question. Tant que le juge des faits n'oublie pas cette importante distinction et qu'il examine les circonstances et les données contextuelles pertinentes, l'analyse de l'intention requise pour l'application de l'art. 434 devrait être relativement simple.

B. *L'erreur du juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur l'acquittement?*

[60] Bien que j'aie conclu que le juge de première instance a commis une erreur en estimant qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton, cela ne décide pas entièrement le pourvoi. Pour obtenir la tenue d'un nouveau procès, le ministère public doit démontrer qu'il serait raisonnable de penser que l'erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le ministère public doit s'acquitter d'une lourde charge. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14 :

> Il est cependant établi depuis longtemps qu'un appel interjeté par le procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable, n'eût été l'erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de

be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

[61] Mr. Tatton submits that the trial judge based the acquittal on the defence of accident and that intoxication had no bearing on the analysis. He therefore argues that the trial judge's error cannot reasonably be thought to have affected the verdict. The Crown, on the other hand, argues that the trial judge's reasons make it clear that he considered Mr. Tatton's intoxication in arriving at the verdict.

[62] I accept the Crown's submission. In my view, when the trial judge's reasons are read in their entirety, it is apparent that Mr. Tatton's intoxication played a material role in the outcome.

[63] In his reasons, the trial judge concentrated on the cause of the fire. In particular, the question he posed was whether he could be satisfied that Mr. Tatton intentionally or recklessly started the fire in the frying pan. At the outset of his analysis, the trial judge stated that to resolve this issue, he must determine whether Mr. Tatton's intoxication could be considered. The trial judge's reasons focus almost exclusively on this issue. If, as Mr. Tatton argues, the trial judge concluded that the fire was accidental — separate and apart from any role alcohol may have played — all of this analysis was unnecessary. In my view, it defies logic and common sense to suggest that the trial judge's decision to acquit was not influenced by his erroneous belief that he could take into account Mr. Tatton's state of intoxication.

[64] The trial judge's concluding remarks bear this out. In finding that he was left in a state of reasonable doubt, the trial judge stated that one of the questions troubling him was whether Mr. Tatton was "mentally able to carry out such a plan, in view of

penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

[61] Monsieur Tatton plaide que le juge du procès a fondé son verdict d'acquittement sur la défense d'accident, et que l'intoxication n'a eu aucune incidence sur son analyse. Il soutient par conséquent qu'on ne saurait raisonnablement considérer que l'erreur du juge du procès a influé sur le verdict. Par contre, le ministère public prétend que les motifs du juge du procès démontrent clairement que ce dernier a tenu compte de l'état d'intoxication de M. Tatton pour arriver à son verdict.

[62] Je retiens l'argument du ministère public. À mon avis, lorsqu'on lit les motifs du juge du procès dans leur intégralité, il en ressort que l'état d'intoxication de M. Tatton a joué un rôle important dans l'issue de la cause.

[63] Dans ses motifs, le juge du procès s'est concentré sur la cause de l'incendie. En particulier, il s'est posé la question de savoir s'il était convaincu que M. Tatton avait mis le feu dans la poêle à frire intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son geste. Dès le début de son analyse, le juge du procès a déclaré que, pour résoudre cette question, il devait décider s'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton. Les motifs du juge du procès s'attachent presque exclusivement à cette question. Si, comme l'affirme M. Tatton, le juge du procès a conclu que l'incendie était accidentel — indépendamment de tout rôle qu'a pu jouer l'alcool — toute cette analyse était inutile. À mon avis, il serait inconcevable et illogique de prétendre que la décision du juge du procès d'acquitter M. Tatton n'a pas été influencée par la croyance erronée du juge qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton.

[64] Les observations finales du juge du procès le confirment. En concluant qu'il subsistait dans son esprit un doute raisonnable, le juge du procès a déclaré qu'une des questions qui le troublaient était celle de savoir si M. Tatton [TRADUCTION] « possédait la

his drunken condition": A.R., vol. I, at p. 81. Plainly, Mr. Tatton's inebriation was at the forefront of the trial judge's mind. Although the trial judge noted Mr. Tatton's position that the fire was accidental, he did not explicitly make a finding of accident. Rather, he stated that he was not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Tatton had acted intentionally or recklessly. While it is arguable that the trial judge based this conclusion on the defence of accident, the clear implication from his reasons is that it was Mr. Tatton's state of intoxication that left him in a state of reasonable doubt as to whether Mr. Tatton acted with the requisite intent. That being so, I am satisfied that the test in *Graveline* has been met.

VI. Disposition

[65] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the acquittal, and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Gorrell, Greinkie & Rémillard, Morrisburg.

Solicitors for the intervener: Kapoor Barristers, Toronto.

capacité mentale d'exécuter un tel plan, vu son état d'ébriété » : d.a., vol. I, p. 81. De toute évidence, l'état d'ébriété de M. Tatton se trouvait au premier rang des considérations dans l'esprit du juge du procès. Quoiqu'il ait fait état de la thèse de M. Tatton suivant laquelle l'incendie était accidentel, le juge du procès n'a pas conclu explicitement à l'accident. Il a plutôt déclaré qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Tatton avait agi intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte. Bien qu'il soit possible de soutenir que le juge du procès a fondé cette conclusion sur la défense d'accident, il ressort clairement de ses motifs que c'est l'état d'intoxication de M. Tatton qui a laissé subsister dans son esprit un doute raisonnable quant à la question de savoir si M. Tatton avait agi avec l'intention requise. En conséquence, je suis convaincu que le critère établi dans l'arrêt *Graveline* a été respecté.

VI. Dispositif

[65] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le verdict d'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Gorrell, Greinkie & Rémillard, Morrisburg.

Procureurs de l'intervenante : Kapoor Barristers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Owen Edward Smith *Respondent*

and

Santé Cannabis,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian AIDS Society, Canadian HIV/AIDS Legal Network and HIV & AIDS Legal Clinic Ontario *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Owen Edward Smith *Intimé*

et

Santé Cannabis,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Société canadienne du sida,
Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Smith

2015 SCC 34

File No.: 36059.

2015: March 20; 2015: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

Répertorié : R. *c.* Smith

2015 CSC 34

N° du greffe : 36059.

2015 : 20 mars; 2015 : 11 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Standing — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Accused not using marihuana for medical purposes but producing derivatives for sale outside regulatory scheme — Whether accused has standing to challenge constitutional validity of scheme — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Whether limitation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Qualité pour agir — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — Accusé non consommateur de marihuana à des fins médicales, mais producteur de produits dérivés en vue de leur vente en dehors du régime réglementaire — L'accusé a-t-il qualité pour contester la validité constitutionnelle du régime? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — La restriction porte-t-elle atteinte au droit garanti par

justifiable under s. 1 of Charter — Appropriate remedy — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

S produced edible and topical marihuana derivatives for sale by extracting the active compounds from the cannabis plant. He operated outside the *Marihuana Medical Access Regulations* ("*MMARs*"), which limit lawful possession of medical marihuana to "dried marihuana". S does not himself use marihuana for medical purposes. The police charged him with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis contrary to ss. 4(1) and 5(2), respectively, of the *Controlled Drugs and Substances Act* ("*CDSA*"). The trial judge held that the prohibition on non-dried forms of medical marihuana unjustifiably infringes s. 7 of the *Charter* and a majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed, the Court of Appeal's suspension of the declaration of invalidity deleted and S's acquittal affirmed.

S has standing to challenge the constitutionality of the *MMARs*. Accused persons have standing to challenge the constitutionality of the law under which they are charged, even if the alleged unconstitutional effects are not directed at them, or even if not all possible remedies for the constitutional deficiency will end the charges against them.

The prohibition on possession of non-dried forms of medical marihuana limits the s. 7 *Charter* right to liberty of the person in two ways. First, the prohibition deprives S as well as medical marihuana users of their liberty by imposing a threat of imprisonment on conviction under s. 4(1) or s. 5(2) of the *CDSA*. Second, it limits the liberty of medical users by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution. Similarly, by forcing a person to choose between a legal but inadequate treatment and an illegal but more effective one, the law also infringes security of the person.

l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Réparation appropriée — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

S fabriquait, en vue de leur vente, des produits comestibles et des produits topiques à partir de la marihuana par l'extraction des composés actifs de la plante de cannabis. Il exerçait ses activités en dehors du cadre du régime établi par le *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* (le « *RAMFM* ») qui limite à la « marihuana séchée » la possession légitime de marihuana à des fins médicales. S ne consomme pas lui-même de marihuana à des fins médicales. La police a inculpé S de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic, infractions décrites respectivement aux par. 4(1) et 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (la « *LRCDAS* »). Le juge du procès a conclu que l'interdiction touchant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales portait atteinte de façon injustifiable au droit protégé par l'art. 7 de la *Charte* et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel.

Arrêt : L'appel est rejeté, la suspension de la déclaration d'invalidité prononcée par la Cour d'appel est supprimée et l'acquittement de S est confirmé.

S a qualité pour contester la constitutionnalité du *RAMFM*. Tout accusé a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle il est inculpé, même si les effets inconstitutionnels allégués ne le visent pas personnellement et même si toute réparation possible à l'égard d'un vice constitutionnel ne mettra pas automatiquement fin aux accusations portées contre lui.

L'interdiction frappant la possession de formes non séchées de marihuana à des fins médicales limite de deux façons le droit à la liberté de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, elle prive S et les consommateurs de marihuana à des fins médicales de leur liberté en les exposant au risque d'être incarcérés s'ils sont reconnus coupables en application du par. 4(1) ou du par. 5(2) de la *LRCDAS*. Deuxièmement, l'interdiction limite le droit à la liberté des consommateurs de marihuana à des fins médicales en les privant de choix médicaux raisonnables puisque certains de ceux-ci les exposent au risque d'une poursuite pénale. En outre, en contraignant ces personnes à choisir entre, d'une part, un traitement légal, mais inadéquat et, d'autre part, une solution illégale, mais plus efficace, la loi porte également atteinte à la sécurité de la personne.

These limits are contrary to the principles of fundamental justice because they are arbitrary; the effects of the prohibition contradict the objective of protecting health and safety. The evidence amply supports the trial judge's conclusions that inhaling marihuana can present health risks and that it is less effective for some conditions than administration of cannabis derivatives. In other words, there is no connection between the prohibition on non-dried forms of medical marihuana and the health and safety of the patients who qualify for legal access to medical marihuana.

In this case, the objective of the prohibition is the same under both the ss. 7 and 1 *Charter* analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective. The infringement of s. 7 is therefore not justified under s. 1.

However, ss. 4 and 5 of the *CDSA* should not be struck down in their entirety. The appropriate remedy is a declaration that these provisions are of no force and effect, to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes; however, that declaration is not suspended because it would leave patients without lawful medical treatment and the law and law enforcement in limbo.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128; *R. v. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Ces limites sont contraires aux principes de justice fondamentale parce qu'elles sont arbitraires. Les effets de l'interdiction sont contraires à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité. La preuve appuie amplement les conclusions qu'a tirées le juge de première instance suivant lesquelles inhaler de la marihuana peut présenter des risques pour la santé et est moins efficace dans le cas de certaines affections que l'administration de dérivés du cannabis. Autrement dit, il n'y a pas de lien entre l'interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales et la santé et la sécurité des patients qui satisfont aux conditions prévues par la loi pour avoir accès à de la marihuana à des fins médicales.

En l'espèce, l'objectif de l'interdiction est le même dans les analyses fondées tant sur l'art. 7 que sur l'article premier de la *Charte* : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour l'application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent. L'atteinte portée à l'art. 7 n'est donc pas justifiée au regard de l'article premier.

Les articles 4 et 5 de la *LRCDAS* ne devraient toutefois pas être invalidés en entier. La réparation appropriée consiste à déclarer ces dispositions inopérantes dans la mesure où elles interdisent à une personne munie d'une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales; cette déclaration n'est toutefois pas suspendue parce que la suspendre ferait en sorte que les patients se retrouveraient sans traitement médical légal et que la loi et son application seraient laissées dans le flou.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128; *R. c. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hitzig c. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4, 5, 55.
Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.
Marihuana for Medical Purposes Regulations, SOR/2013-119.
Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227 [rep. 2013-119, s. 267], ss. 1 "dried marihuana", 24, 34.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Chiasson and Garson JJ.A.), 2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66, 617 W.A.C. 66, 315 C.C.C. (3d) 36, 316 C.R.R. (2d) 205, 14 C.R. (7th) 81, [2014] B.C.J. No. 2097 (QL), 2014 CarswellBC 2383 (WL Can.), setting aside in part a decision of Johnston J., 2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91, 257 C.R.R. (2d) 129, [2012] B.C.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellBC 1043 (WL Can.). Appeal dismissed.

W. Paul Riley, *Q.C.*, and *Kevin Wilson*, for the appellant.

Kirk I. Tousaw, *John W. Conroy*, *Q.C.*, *Matthew J. Jackson* and *Bibhas D. Vaze*, for the respondent.

Julius H. Grey and *Geneviève Grey*, for the intervener Santé Cannabis.

Gerald Chan and *Nader R. Hasan*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew K. Lokan and *Debra McKenna*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jason B. Gratl, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Paul Burstein*, *Ryan Peck* and *Richard Elliott*, for the interveners the Canadian AIDS Society, the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4, 5, 55.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, c. F-27.
Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227 [abr. 2013-119, art. 267], art. 1 « marihuana séchée », 24, 34.
Règlement sur la marihuana à des fins médicales, DORS/2013-119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Chiasson et Garson), 2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66, 617 W.A.C. 66, 315 C.C.C. (3d) 36, 316 C.R.R. (2d) 205, 14 C.R. (7th) 81, [2014] B.C.J. No. 2097 (QL), 2014 CarswellBC 2383 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Johnston, 2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91, 257 C.R.R. (2d) 129, [2012] B.C.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellBC 1043 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

W. Paul Riley, *c.r.*, et *Kevin Wilson*, pour l'appelante.

Kirk I. Tousaw, *John W. Conroy*, *c.r.*, *Matthew J. Jackson* et *Bibhas D. Vaze*, pour l'intimé.

Julius H. Grey et *Geneviève Grey*, pour l'intervenante Santé Cannabis.

Gerald Chan et *Nader R. Hasan*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew K. Lokan et *Debra McKenna*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jason B. Gratl, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Paul Burstein*, *Ryan Peck* et *Richard Elliott*, pour les intervenants la Société canadienne du sida, le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Regulations under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"), permit the use of marihuana for treating medical conditions. However, they confine medical access to "dried marihuana", so that those who are legally authorized to possess marihuana for medical purposes are still prohibited from possessing cannabis products extracted from the active medicinal compounds in the cannabis plant. The result is that patients who obtain dried marihuana pursuant to that authorization cannot choose to administer it via an oral or topical treatment, but must inhale it, typically by smoking. Inhaling marihuana can present health risks and is less effective for some conditions than administration of cannabis derivatives.

[2] The parties accept the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193, that a blanket prohibition on medical access to marihuana infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This appeal requires us to decide whether a medical access regime that only permits access to dried marihuana unjustifiably violates the guarantee of life, liberty and security of the person contrary to s. 7 of the *Charter*. The British Columbia courts ruled it did, and we agree.

I. Background

[3] The *CDSA* prohibits the possession, production, and distribution of cannabis, its active compounds, and its derivatives. In recognition of the fact that controlled substances may have beneficial uses, the *CDSA* empowers the government to create exemptions by regulation for medical, scientific or industrial purposes (s. 55). The *Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227 ("*MMARs*"), created such an exemption for people who could demonstrate a medical need for cannabis. Applicants

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le règlement pris en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « *LRCDAS* »), permet la consommation de la marihuana pour le traitement d'un état pathologique. Toutefois, seule la « marihuana séchée » peut être utilisée à cette fin, de sorte qu'il est toujours interdit aux personnes légalement autorisées à posséder de la marihuana à des fins médicales de posséder des produits du cannabis extraits des composés médicinaux actifs présents dans la plante de cannabis. Il s'ensuit que les patients qui obtiennent de la marihuana séchée conformément à une telle autorisation ne peuvent choisir de l'administrer au moyen d'un traitement oral ou topique et qu'ils doivent l'inhaler, habituellement en la fumant. Or, inhaler de la marihuana peut présenter des risques pour la santé et est moins efficace dans le cas de certaines affections que l'administration de dérivés du cannabis.

[2] Les parties acceptent la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193, selon laquelle une interdiction totale frappant l'accès médical à la marihuana porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, nous sommes toutefois appelés à décider si un régime d'accès médical qui restreint l'accès à la marihuana uniquement à sa forme séchée porte atteinte de façon injustifiable au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne reconnu à l'art. 7 de la *Charte*. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont répondu par l'affirmative à cette question et nous abondons dans leur sens.

I. Contexte

[3] La *LRCDAS* interdit la possession, la production et la distribution du cannabis, de ses composés actifs et de ses dérivés. Reconnaissant le fait que certaines substances désignées peuvent avoir des usages bénéfiques, la *LRCDAS* habilite par ailleurs le gouvernement à créer par règlement des exemptions à des fins médicales, scientifiques ou industrielles (art. 55). Le *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227 (le « *RAMFM* »), créait une telle exemption à

had to provide a declaration from a medical practitioner certifying that conventional treatments were ineffective or medically inappropriate for treatment of their medical condition. Once they had met all the regulatory requirements, patients were legally authorized to possess "dried marihuana", defined as "harvested marihuana that has been subjected to any drying process" (s. 1). Some patients were authorized to grow their own marihuana, under a personal-use production licence (s. 24), while others obtained the drug from a designated licensed producer (s. 34).

[4] The *MMARs* were replaced in 2013 with the *Marihuana for Medical Purposes Regulations*, SOR/2013-119 ("*MMPRs*"). The new regime replaces the marihuana production scheme in the *MMARs* with a system of government-licensed producers. For the purposes of this appeal, however, the situation remains unchanged: for medical marihuana patients, the exemption from the *CDSA* offence is still confined to dried marihuana.

[5] The accused, Owen Edward Smith, worked for the Cannabis Buyers Club of Canada, located on Vancouver Island, in British Columbia. The Club sold marihuana and cannabis derivative products to members — people the Club was satisfied had a *bona fide* medical condition for which marihuana might provide relief, based on a doctor's diagnosis or laboratory test. It sold not only dried marihuana for smoking, but edible and topical cannabis products — cookies, gel capsules, rubbing oil, topical patches, butters and lip balms. It also provided members with recipe books for how to make such products by extracting the active compounds from dried marihuana. Mr. Smith's job was to produce edible and topical cannabis products for sale by extracting the active compounds from the cannabis plant. Mr. Smith does not himself use medical marihuana,

l'égard des personnes qui étaient en mesure de démontrer qu'elles avaient besoin de cannabis à des fins médicales. Le demandeur devait produire une déclaration fournie par un médecin certifiant que les traitements conventionnels s'étaient révélés inefficaces ou ne convenaient pas dans son cas. Après avoir satisfait à toutes les exigences réglementaires, le patient était légalement autorisé à posséder de la « marihuana séchée », définie comme suit : « [m]arihuana qui a été récoltée et soumise à un processus de séchage » (art. 1). Certains patients étaient autorisés à cultiver leur propre marihuana en vertu d'une licence de production à des fins personnelles (art. 24), alors que d'autres pouvaient se la procurer auprès du titulaire d'une licence de production à titre de personne désignée (art. 34).

[4] Le *RAMFM* a été remplacé en 2013 par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales*, DORS/2013-119 (le « *RMFM* »). Le nouveau régime remplace le système de production de marihuana que prévoyait le *RAMFM* par un système de producteurs autorisés par le gouvernement. Toutefois, aux fins du présent appel, la situation reste inchangée : pour les patients qui font usage de marihuana à des fins médicales, l'exception à l'infraction prévue par la *LRCDAS* se limite toujours à la marihuana séchée.

[5] L'accusé, Owen Edward Smith, travaillait pour le Cannabis Buyers Club of Canada, situé sur l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Le club vendait de la marihuana et des produits dérivés du cannabis à ses membres, des personnes dont le club était convaincu qu'elles souffraient de véritables problèmes de santé pouvant être soulagés par la marihuana, selon un diagnostic posé par un médecin ou des tests de laboratoire. Le club vendait non seulement de la marihuana séchée à fumer, mais également des produits du cannabis comestibles et topiques — des biscuits, des gélules, de l'huile à friction, des timbres transdermiques, du beurre et du baume à lèvres. Il fournissait également à ses membres des livres de recettes expliquant comment fabriquer les produits en question par l'extraction des composés actifs de la marihuana séchée. Le travail

and the Club did not have a production licence under the *MMARs*.

de M. Smith consistait à fabriquer, en vue de leur vente, des produits comestibles et des produits topiques à partir du cannabis par l'extraction des composés actifs de la plante de cannabis. M. Smith ne consomme pas personnellement de marihuana à des fins médicales et le club ne possédait pas de permis de production délivré sous le régime du *RAMFM*.

[6] On December 3, 2009, the police, responding to a complaint about an offensive smell, paid Mr. Smith a visit at his apartment in Victoria, and saw marihuana on a table. They obtained a search warrant and seized the apartment's inventory, which included 211 cannabis cookies, a bag of dried marihuana, and 26 jars of liquids whose labels included "massage oil" and "lip balm". Laboratory testing established that the cookies and the liquid in the jars contained tetrahydrocannabinol ("THC"), the main active compound in cannabis. THC, like the other active compounds in cannabis, does not fall under the *MMARs* exemption for dried marihuana. The police charged Mr. Smith with possession of THC for the purpose of trafficking contrary to s. 5(2) of the *CDSA*, and possession of cannabis contrary to s. 4(1) of the *CDSA*.

[6] Le 3 décembre 2009, répondant à une plainte faisant état d'une odeur désagréable, des policiers se sont présentés à l'appartement de M. Smith à Victoria et ont constaté la présence de marihuana sur une table. Ils ont obtenu un mandat de perquisition et ont saisi l'inventaire de l'appartement, dont 211 biscuits à base de cannabis, un sac de marihuana séchée et 26 contenants de liquide étiquetés notamment [TRADUCTION] « huile à massage » et « baume à lèvres ». Des tests de laboratoire ont démontré que les biscuits et le liquide présents dans les contenants renfermaient du tétrahydrocannabinol (du « THC »), le principal composé actif du cannabis. À l'instar des autres composés actifs du cannabis, le THC ne tombe pas sous le coup de l'exemption du *RAMFM* applicable à la marihuana séchée. La police a accusé M. Smith de possession de THC en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 5(2) de la *LRCDAS*, et de possession de cannabis, infraction décrite au par. 4(1) de la *LRCDAS*.

[7] At his trial before Johnston J., Mr. Smith argued that the *CDSA* prohibition on possession, in combination with the exemption in the *MMARs*, was inconsistent with s. 7 of the *Charter* and unconstitutional because it limits lawful possession of marihuana for medical purposes to "dried marihuana". Many witnesses, expert and lay, were called. At the end of the *voir dire*, the judge made the following findings (2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91):

[7] Lors de son procès devant le juge Johnston, M. Smith a soutenu que, combinée à l'exemption accordée dans le *RAMFM*, l'interdiction de posséder de la marihuana prévue par la *LRCDAS* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* et était inconstitutionnelle parce qu'elle limitait à la « marihuana séchée » la possession légitime de marihuana à des fins médicales. De nombreux témoins, tant experts que profanes, ont été appelés à la barre. À la fin du voir-dire, le juge a tiré les conclusions suivantes (2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91) :

(1) The active compounds of the cannabis plant, such as THC and cannabidiol, have established medical benefits and their therapeutic effect is generally accepted, although the precise basis for the benefits has not yet been established.

(1) Il a été démontré que les composés actifs de la plante de cannabis, tels que le THC et le cannabidiol, ont des effets médicaux bénéfiques et leur effet thérapeutique est généralement admis, bien que le fondement précis de ces effets bénéfiques n'ait pas encore été établi.

(2) Different methods of administering marihuana offer different medical benefits. For example, oral ingestion of the active compounds, whether by way of products baked with THC-infused oil or butter, or gel capsules filled with the active compounds, may aid gastro-intestinal conditions by direct delivery to the site of the pathology. Further, oral administration results in a slower build-up and longer retention of active compounds in the system than inhaling, allowing the medical benefits to continue over a longer period of time, including while the patient is asleep. It is therefore more appropriate for chronic conditions.

(3) Inhaling marihuana, typically through smoking, provides quick access to the medical benefits of cannabis, but also has harmful side effects. Although less harmful than tobacco smoke, smoking marihuana presents acknowledged risks, as it exposes patients to carcinogenic chemicals and is associated with bronchial disorders.

(2) Les divers modes d'administration de la marihuana présentent différents avantages sur le plan médical. Par exemple, l'ingestion orale des composés actifs, que ce soit sous forme de produits cuits avec de l'huile contenant du THC ou avec du beurre ou sous forme de gélules remplies des composés actifs en question, peut soulager des problèmes gastro-intestinaux parce que ces composés sont acheminés directement vers le site même de la pathologie. De plus, l'administration par voie orale favorise une accumulation plus lente et une rétention plus longue des composés actifs dans le système que l'inhalation, ce qui permet aux effets médicaux bénéfiques de durer plus longtemps, notamment pendant le sommeil du patient. Ce mode d'administration convient donc davantage dans le cas de maladies chroniques.

(3) Le fait d'inhaler la marihuana, habituellement en la fumant, permet de profiter rapidement des effets bénéfiques du cannabis, mais comporte aussi des effets secondaires dommageables. Bien que moins nocif que l'usage du tabac, le fait de fumer de la marihuana présente des risques reconnus, parce qu'il expose les patients à des produits chimiques cancérigènes et qu'il est associé à des troubles bronchiques.

[8] The trial judge found that the restriction to dried marihuana deprives Mr. Smith and medical marihuana users of their liberty by imposing a threat of prosecution and incarceration for possession of the active compounds in cannabis. He also found that it deprives medical users of the liberty to choose how to take medication they are authorized to possess, a decision which he characterized as "of fundamental personal importance", contrary to s. 7 of the *Charter* (para. 88). These limits offend the principles of fundamental justice because they are arbitrary; limiting the medical exemption to dried marihuana does "little or nothing" to enhance the state's interest in preventing diversion of illegal drugs or in controlling false and misleading claims of medical benefit (para. 114). For the same reason,

[8] Le juge de première instance a conclu que la restriction de l'accès à la marihuana uniquement sous forme de plante séchée privait M. Smith et les consommateurs de marihuana à des fins médicales de leur liberté en les exposant à des menaces de poursuites et d'incarcération pour possession des composés actifs du cannabis. Il a ajouté que cette restriction privait les consommateurs de marihuana à des fins médicales de la liberté de choisir le mode d'administration d'un médicament qu'ils étaient autorisés à posséder — une décision qui, à son sens, revêtait [TRADUCTION] « une importance fondamentale sur le plan personnel » —, en contravention de l'art. 7 de la *Charte* (par. 88). En outre, à son avis, la restriction en question violait les principes de justice fondamentale en raison de son

the trial judge held that the restriction is not rationally connected to its objectives, and hence not justified under s. 1 of the *Charter*.

[9] The majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's conclusions on the evidence and the constitutional issues, although it characterized the object of the prohibition more broadly, as the protection of health and safety (2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66). Chiasson J.A., dissenting, held that Mr. Smith did not have standing to raise the constitutional issue, and that in any event the restriction did not violate s. 7 because medical users could legally convert dried marihuana into other forms.

II. Discussion

[10] Three issues arise: Mr. Smith's standing to challenge the constitutionality of the prohibition; the constitutionality of the prohibition; and the appropriate remedy.

A. *Standing*

[11] The first question is whether Mr. Smith has standing to challenge the constitutionality of the prohibition. We conclude that he does. The Crown took no issue with Mr. Smith's standing at trial. On appeal, although the issue was canvassed in oral argument, the Crown acknowledged that the principle "that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law" applied to Mr. Smith (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313; C.A. reasons, at para. 147). Before this Court, the

caractère arbitraire; limiter l'exemption médicale à la marihuana séchée ne faisait « que peu ou rien » pour promouvoir l'intérêt de l'État à empêcher le détournement de drogues vers le marché illégal ou pour contrôler les prétentions fausses ou trompeuses de bénéfices pour la santé (par. 114). Pour la même raison, le juge de première instance a estimé qu'il n'existait pas de lien rationnel entre la restriction et les objectifs qu'elle visait, et que la restriction n'était donc pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte.*

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les conclusions tirées par le juge de première instance relativement à la preuve et aux questions constitutionnelles; ils ont toutefois décrit d'une manière plus générale l'objet de l'interdiction, qui visait selon eux la protection de la santé et de la sécurité (2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66). Le juge Chiasson, dissident, a estimé que M. Smith n'avait pas qualité pour soulever la question constitutionnelle et qu'en tout état de cause, la restriction ne violait pas l'art. 7 parce que les consommateurs de marihuana à des fins médicales pouvaient légalement transformer la marihuana séchée en d'autres formes.

II. Analyse

[10] Le présent pourvoi soulève trois questions : la qualité de M. Smith pour contester la constitutionnalité de l'interdiction, la constitutionnalité de l'interdiction et la réparation appropriée.

A. *Qualité pour agir*

[11] La première question est celle de savoir si M. Smith a qualité pour contester la constitutionnalité de l'interdiction. Nous concluons qu'il a effectivement cette qualité. Le ministère public ne s'est pas opposé au procès à la qualité pour agir de M. Smith. En appel, bien que la question ait été évoquée lors de sa plaidoirie orale, le ministère public a reconnu que le principe selon lequel « nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle » s'applique à M. Smith (*R. c. Big M Drug Mart*

Crown adopted Chiasson J.A.'s dissenting position, arguing that Mr. Smith does not have standing because he does not himself use medical marihuana and operated outside the regulatory scheme. The restriction to dried marihuana therefore has "nothing to do with him" (C.A. reasons, at para. 151).

[12] This overlooks the role the *MMARs* play in the statutory scheme. They operate as an exception to the offence provisions under which Mr. Smith was charged, ss. 4 and 5 of the *CDSA*. As the majority of the Court of Appeal said, the issue is whether those sections of the *CDSA*, "as modified by the *MMARs*, deprive people authorized to possess marijuana of a constitutionally protected right by restricting the exemption from criminal prosecution to possession of dried marijuana" (para. 85). Nor does the fact that Mr. Smith is not a medical marihuana user and does not have a production licence under the regime mean he has no standing. Accused persons have standing to challenge the constitutionality of the law they are charged under, even if the alleged unconstitutional effects are not directed at them: see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Big M Drug Mart*. Nor need accused persons show that all possible remedies for the constitutional deficiency will as a matter of course end the charges against them. In cases where a claimant challenges a law by arguing that the law's impact on other persons is inconsistent with the *Charter*, it is always possible that a remedy issued under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* will not touch on the claimant's own situation: see *R. v. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128, at para. 16; *R. v. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577 (C.A.).

Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, p. 313; motifs de la C.A., par. 147). Devant la Cour, le ministère public a repris la position dissidente du juge Chiasson en faisant valoir que M. Smith n'avait pas qualité pour agir parce qu'il ne consomme pas lui-même de marihuana à des fins médicales et qu'il exerçait ses activités en dehors du cadre du régime de réglementation. Le fait que l'exemption se restreigne à la marihuana séchée n'a donc [TRADUCTION] « rien à voir avec lui » (motifs de la C.A., par. 151).

[12] Cette thèse ne tient pas compte du rôle que joue le *RAMFM* dans le régime législatif. Le *RAMFM* constitue une exception aux dispositions pénales en vertu desquelles M. Smith a été accusé, en l'occurrence les art. 4 et 5 de la *LRCDAS*. Comme l'ont expliqué les juges majoritaires de la Cour d'appel, il faut déterminer si ces dispositions de la *LRCDAS*, [TRADUCTION] « telles qu'elles sont modifiées par le *RAMFM*, privent les personnes autorisées à posséder de la marihuana d'un droit qui leur est garanti par la Constitution en limitant leur protection contre des poursuites criminelles aux seuls cas où elles possèdent de la marihuana séchée » (par. 85). Le fait que M. Smith ne soit pas un consommateur de marihuana à des fins médicales et qu'il ne soit pas titulaire d'une licence de production conformément au régime ne signifie pas non plus qu'il n'a pas qualité pour agir. Tout accusé a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle il est inculpé, même si les effets inconstitutionnels allégués ne le visent pas personnellement (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Big M Drug Mart*). Il n'est pas non plus nécessaire que l'accusé démontre que toute réparation possible à l'égard d'un vice constitutionnel mettra automatiquement fin aux accusations portées contre lui. Lorsqu'un demandeur conteste une loi en faisant valoir que son incidence à l'égard d'autres personnes est incompatible avec la *Charte*, il est toujours possible qu'une réparation accordée en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne porte pas sur la situation particulière du demandeur (voir *R. c. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128, par. 16; *R. c. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577 (C.A.)).

[13] In this case, the constitutionality of the statutory provision under which Mr. Smith is charged is directly dependent on the constitutionality of the medical exemption provided by the *MMARs*: see *Parker*. He is therefore entitled to challenge it.

B. *The Constitutionality of the Prohibition*

[14] This appeal asks the Court to determine whether restricting medical access to marihuana to dried marihuana violates s. 7 of the *Charter*:

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

[15] Section 7 permits the law to limit life, liberty and security of the person, provided it does so in a way that is not contrary to the principles of fundamental justice.

[16] The first question in the s. 7 analysis is whether the law limits life, liberty or security of the person. We conclude that it does. The legislative scheme's restriction of medical marihuana to dried marihuana limits s. 7 rights in two ways.

[17] First, the prohibition on possession of cannabis derivatives infringes Mr. Smith's liberty interest, by exposing him to the threat of imprisonment on conviction under s. 4(1) or s. 5(2) of the *CDSA*. Any offence that includes incarceration in the range of possible sanctions engages liberty: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515. The prohibition also engages the liberty interest of medical marihuana users, as they could face criminal sanctions if they produce or possess cannabis products other than dried marihuana. We cannot accede to the dissenting judge's position on this point: the *MMARs* do not authorize medical marihuana users to convert dried marihuana into its active compounds. An authorization to possess medical marihuana is no

[13] En l'espèce, la constitutionnalité de la disposition législative en application de laquelle M. Smith est accusé dépend directement de la constitutionnalité de l'exemption médicale prévue par le *RAMFM* (voir *Parker*). Il est donc autorisé à la contester.

B. *Constitutionnalité de l'interdiction*

[14] Dans le cadre du présent pourvoi, la Cour est appelée à décider si le fait de restreindre l'accès médical à la marihuana uniquement à sa forme séchée viole l'art. 7 de la *Charte* :

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

[15] L'article 7 permet au législateur de limiter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, à condition de le faire en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[16] La première question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si la loi limite le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. À notre avis, c'est effectivement le cas. Le fait que le régime législatif restreigne l'accès à la marihuana à des fins médicales uniquement à sa forme séchée limite de deux façons les droits garantis à l'art. 7.

[17] En premier lieu, l'interdiction de posséder des dérivés du cannabis porte atteinte au droit à la liberté de M. Smith en l'exposant au risque d'être incarcéré s'il est reconnu coupable en application du par. 4(1) ou du par. 5(2) de la *LRCDAS*. Toute infraction dont l'incarcération constitue l'une des sanctions possibles fait intervenir le droit à la liberté (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515). L'interdiction en question fait également intervenir le droit à la liberté des consommateurs de marihuana à des fins médicales, car ces personnes s'exposent à des sanctions criminelles si elles produisent ou possèdent des produits du cannabis autres que de la marihuana séchée. Nous ne pouvons souscrire au point de vue exprimé par le

defence for a patient found in possession of an alternate dosage form, such as cannabis cookies, THC-infused massage oil, or gel capsules filled with THC.

[18] Second, the prohibition on possession of active cannabis compounds for medical purposes limits liberty by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution: *Parker*, at para. 92. In this case, the state prevents people who have already established a legitimate need for marihuana — a need the legislative scheme purports to accommodate — from choosing the method of administration of the drug. On the evidence accepted by the trial judge, this denial is not trivial; it subjects the person to the risk of cancer and bronchial infections associated with smoking dry marihuana, and precludes the possibility of choosing a more effective treatment. Similarly, by forcing a person to choose between a legal but inadequate treatment and an illegal but more effective choice, the law also infringes security of the person: *Morgentaler*; *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (Ont. C.A.).

[19] The Crown says that the evidence adduced on the *voir dire* did not establish that the prohibition on alternative forms of cannabis intruded on any s. 7 interest, beyond the deprivation of physical liberty imposed by the criminal sanction. It says that the evidence did not prove that alternative forms of medical marihuana had any therapeutic benefit; at most it established that the patient witnesses preferred cannabis products to other treatment options. This submission runs counter to the findings of fact made by the trial judge. After a careful review of extensive expert and personal evidence, the trial judge concluded that in some circumstances the use

juge dissident sur ce point : le *RAMFM* n'autorise pas les consommateurs de marihuana à des fins médicales à transformer la marihuana séchée en ses composés actifs. L'autorisation de posséder de la marihuana à des fins médicales ne peut être invoquée comme moyen de défense par un patient ayant en sa possession une autre forme médicamenteuse de cette drogue, comme des biscuits au cannabis, de l'huile de massage contenant du THC ou des gélules remplies de THC.

[18] En second lieu, l'interdiction frappant la possession des composés actifs du cannabis à des fins médicales limite le droit à la liberté des patients en les privant de la possibilité de faire des choix médicaux raisonnables en raison de la menace de poursuites pénales (*Parker*, par. 92). En l'espèce, l'État refuse aux gens qui ont déjà démontré leur besoin légitime de marihuana — un besoin auquel le régime législatif est censé répondre — la possibilité de choisir le mode d'administration de la drogue. Suivant la preuve acceptée par le juge de première instance, ce refus n'est pas banal; il expose les personnes visées aux risques de contracter un cancer ou des infections des bronches qui sont associés au fait de fumer de la marihuana sèche, et les empêche de choisir un traitement plus efficace. En outre, en contraignant ces personnes à choisir entre, d'une part, un traitement légal, mais inadéquat et, d'autre part, une solution illégale, mais plus efficace, la loi porte également atteinte à la sécurité de la personne (*Morgentaler*; *Hitzig c. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Ont.)).

[19] Le ministère public a affirmé que la preuve présentée lors du voir-dire n'avait pas établi que l'interdiction des autres formes de cannabis contrevenait à un quelconque droit garanti à l'art. 7, si l'on faisait abstraction de la privation de liberté découlant de la sanction criminelle. Selon lui, la preuve n'a pas démontré que les autres formes d'utilisation médicale de la marihuana avaient quelque effet thérapeutique que ce soit; elle établissait tout au plus que les patients qui avaient témoigné préféraient les produits du cannabis à d'autres options de traitement. Cet argument va à l'encontre des conclusions de fait tirées par le juge de première instance. Après

of cannabis derivatives is more effective and less dangerous than smoking or otherwise inhaling dried marihuana. A trial judge's conclusions on issues of fact cannot be set aside unless they are unsupported by the evidence or otherwise manifestly in error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The evidence amply supports the trial judge's conclusions on the benefits of alternative forms of marihuana treatment; indeed, even the Health Canada materials filed by the Crown's expert witness indicated that oral ingestion of cannabis may be appropriate or beneficial for certain conditions.

avoir analysé soigneusement les nombreux témoignages d'experts et témoignages personnels, le juge de première instance a conclu que, dans certaines circonstances, l'utilisation de dérivés du cannabis était plus efficace et moins dangereuse que le fait de fumer ou d'inhaler sous une autre forme de la marihuana séchée. Les conclusions tirées par le juge de première instance sur des questions de fait ne peuvent être écartées que si elles ne reposent pas sur la preuve ou si elles sont manifestement erronées (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). Or, la preuve appuie amplement les conclusions qu'a tirées le juge de première instance au sujet des avantages que comportent les autres formes de traitement à la marihuana; d'ailleurs, même la documentation de Santé Canada déposée par le témoin expert du ministère public indique que l'ingestion orale de cannabis peut être appropriée ou bénéfique dans le cas de certaines affections.

[20] The expert evidence, along with the anecdotal evidence from the medical marihuana patients who testified, did more than establish a subjective preference for oral or topical treatment forms. The fact that the lay witnesses did not provide medical reports asserting a medical need for an alternative form of cannabis is not, as the Crown suggests, determinative of the analysis under s. 7. While it is not necessary to conclusively determine the threshold for the engagement of s. 7 in the medical context, we agree with the majority at the Court of Appeal that it is met by the facts of this case. The evidence demonstrated that the decision to use non-dried forms of marihuana for treatment of some serious health conditions is medically reasonable. To put it another way, there are cases where alternative forms of cannabis will be "reasonably required" for the treatment of serious illnesses (C.A. reasons, at para. 103). In our view, in those circumstances, the criminalization of access to the treatment in question infringes liberty and security of the person.

[20] Les témoignages d'experts, ainsi que les témoignages anecdotiques de patients consommant de la marihuana à des fins thérapeutiques, établissent davantage qu'une préférence subjective pour les formes de traitement par voie orale ou topique. Le fait que les témoins profanes n'aient pas soumis de rapports médicaux affirmant qu'il est nécessaire, sur le plan médical, de recourir à une autre forme de cannabis n'est pas, contrairement à ce que prétend le ministère public, déterminant dans le cas de l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 7. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de déterminer de manière concluante le seuil justifiant l'application de l'art. 7 dans le contexte médical, nous convenons avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que ce seuil est atteint eu égard aux faits de l'espèce. La preuve a démontré que la décision d'utiliser des formes non séchées de marihuana pour le traitement de pathologies graves est raisonnable sur le plan médical. Autrement dit, il y a des cas où d'autres formes de cannabis seront [TRADUCTION] « raisonnablement nécessaires » pour le traitement de maladies graves (motifs de la C.A., par. 103). À notre avis, en pareilles circonstances, la criminalisation de l'accès au traitement en question porte atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne.

[21] We conclude that the prohibition on possession of non-dried forms of medical marihuana limits liberty and security of the person, engaging s. 7 of the *Charter*. This leaves the second question — whether this limitation is contrary to the principles of fundamental justice.

[22] The trial judge found that the limits on liberty and security of the person imposed by the law were not in accordance with the principles of fundamental justice, because the restriction was arbitrary, doing "little or nothing" to further its objectives, which he took to be the control of illegal drugs or false and misleading claims of medical benefit. The majority of the Court of Appeal, which found that the objective of the prohibition was the protection of public health and safety (relying on *Hitzig* and *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134), likewise concluded it did not further that objective and was thus arbitrary and contrary to the principles of fundamental justice.

[23] It is necessary to determine the object of the prohibition, since a law is only arbitrary if it imposes limits on liberty or security of the person that have no connection to its purpose: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 98.

[24] The Crown does not challenge the Court of Appeal's conclusion that the object of the prohibition on non-dried forms of medical marihuana is the protection of health and safety. However, it goes further, arguing that the restriction protects health and safety by ensuring that drugs offered for therapeutic purposes comply with the safety, quality and efficacy requirements set out in the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, and its regulations. This qualification does not alter the object of the prohibition; it simply describes one of the means by which the government seeks to protect public health and safety. Moreover, the *MMARs* do not purport to subject dried marihuana to these safety, quality and efficacy requirements, belying the Crown's assertion

[21] Nous concluons que l'interdiction frappant la possession de formes non séchées de marihuana à des fins médicales limite le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et fait intervenir l'art. 7 de la *Charte*. Il nous faut maintenant répondre à la seconde question, celle de savoir si cette limite est contraire aux principes de justice fondamentale.

[22] Le juge de première instance a conclu que la limite imposée par la loi à la liberté et à la sécurité de la personne n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que la restriction était arbitraire et ne faisait [TRADUCTION] « que peu ou rien » pour promouvoir les objectifs de la loi, lesquels consistaient selon lui à contrôler les drogues illégales ou les prétentions d'ordre médical fausses et trompeuses. Les juges majoritaires de la Cour d'appel, estimant que l'objet de l'interdiction était la protection de la santé et de la sécurité du public (en se fondant sur les arrêts *Hitzig* et *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134), ont également conclu que l'interdiction ne favorisait pas cet objectif et qu'elle était donc arbitraire et contraire aux principes de justice fondamentale.

[23] Il est nécessaire de déterminer l'objet de l'interdiction, étant donné qu'une loi n'est arbitraire que si elle impose des limites à la liberté ou à la sécurité de la personne sans lien avec son objectif (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 98).

[24] Le ministère public ne conteste pas la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle l'objet de l'interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales est la protection de la santé et de la sécurité. Il va toutefois plus loin en soutenant que la restriction en cause protège la santé et la sécurité en faisant en sorte que les drogues offertes à des fins thérapeutiques soient conformes aux exigences en matière d'innocuité, de qualité et d'efficacité énoncées dans la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, et ses règlements d'application. Cette nuance ne change en rien l'objet de l'interdiction; elle ne fait que décrire un des moyens utilisés par le gouvernement pour protéger la santé et la sécurité du public. De plus,

that this is the object of the prohibition. We therefore conclude that the object of the restriction to dried marihuana is simply the protection of health and safety.

[25] The question is whether there is a connection between the prohibition on non-dried forms of medical marihuana and the health and safety of the patients who qualify for legal access to medical marihuana. The trial judge concluded that for some patients, alternate forms of administration using cannabis derivatives are more effective than inhaling marihuana. He also concluded that the prohibition forces people with a legitimate, legally recognized need to use marihuana to accept the risk of harm to health that may arise from chronic smoking of marihuana. It follows from these findings that the prohibition on non-dried medical marihuana undermines the health and safety of medical marihuana users by diminishing the quality of their medical care. The effects of the prohibition contradict its objective, rendering it arbitrary: see *Bedford*, at paras. 98-100.

[26] The Crown says there are health risks associated with extracting the active compounds in marihuana for administration via oral or topical products. It argues that there is a rational connection between the state objective of protecting health and safety and a regulatory scheme that only allows access to drugs that are shown by scientific study to be safe and therapeutically effective. We disagree. The evidence accepted at trial did not establish a connection between the restriction and the promotion of health and safety. As we have already said, dried marihuana is not subject to the oversight of the *Food and Drugs Act* regime. It is therefore difficult to understand why allowing patients to transform dried marihuana into baking oil would put

le *RAMFM* ne vise pas à assujettir la marihuana séchée à ces exigences en matière d'innocuité, de qualité et d'efficacité, ce qui contredit l'affirmation du ministère public qu'il s'agit là de l'objet de l'interdiction. Nous concluons donc que l'objet de la restriction à la seule marihuana séchée est simplement la protection de la santé et de la sécurité.

[25] Il s'agit de savoir s'il y a un lien entre l'interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales et la santé et la sécurité des patients qui satisfont aux conditions prévues par la loi pour avoir accès à de la marihuana à des fins médicales. Le juge de première instance a conclu que, dans le cas de certains patients, l'administration sous d'autres formes utilisant des dérivés du cannabis était plus efficace que l'inhalation de la marihuana. Il a également estimé que l'interdiction forçait des personnes ayant un besoin légitime et légalement reconnu d'utiliser de la marihuana à accepter le risque pour leur santé auquel pouvait les exposer le fait de fumer chroniquement de cette drogue. Il découle de ces conclusions que l'interdiction frappant l'usage de la marihuana à des fins médicales sous une forme autre que séchée compromet la santé et la sécurité de ceux qui en consomment à ces fins en diminuant la qualité des soins médicaux qui leur sont offerts. Les effets de l'interdiction contredisent les objectifs qu'elle vise et la rendent donc arbitraire (voir *Bedford*, par. 98-100).

[26] Le ministère public affirme qu'il y a des risques pour la santé associés à l'extraction des composés actifs présents dans la marihuana en vue de leur administration au moyen de produits oraux ou topiques. Il soutient qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de protection de la santé et de la sécurité que poursuit l'État et l'existence d'un régime réglementaire qui ne permet l'accès qu'aux drogues dont il a été démontré par des études scientifiques qu'elles sont sans danger et efficaces sur le plan thérapeutique. Nous ne sommes pas de cet avis. La preuve qui a été acceptée au procès n'a pas établi de lien entre la restriction et la promotion de la santé et de la sécurité. Comme nous l'avons déjà expliqué, la marihuana séchée n'est pas assujettie aux

them at greater risk than permitting them to smoke or vaporize dried marihuana. Moreover, the Crown provided no evidence to suggest that it would. In fact, as noted above, some of the materials filed by the Crown mention oral ingestion of cannabis as a viable alternative to smoking marihuana.

[27] Finally, the evidence established no connection between the impugned restriction and attempts to curb the diversion of marihuana into the illegal market. We are left with a total disconnect between the limit on liberty and security of the person imposed by the prohibition and its object. This renders it arbitrary: see *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 83.

[28] We conclude that the prohibition of non-dried forms of medical marihuana limits liberty and security of the person in a manner that is arbitrary and hence is not in accord with the principles of fundamental justice. It therefore violates s. 7 of the *Charter*.

[29] The remaining question is whether the Crown has shown this violation of s. 7 to be reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As explained in *Bedford*, the s. 1 analysis focuses on the furtherance of the public interest and thus differs from the s. 7 analysis, which is focused on the infringement of the individual rights: para. 125. However, in this case, the objective of the prohibition is the same in both analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Like the courts below, we conclude

mécanismes de surveillance du régime de la *Loi sur les aliments et drogues*. Il est donc difficile de comprendre pourquoi le fait de permettre à des patients de transformer de la marihuana séchée en huile à cuisson les exposerait à un risque plus élevé que le fait de leur permettre de fumer ou de vaporiser de la marihuana séchée. En outre, le ministère public n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'un tel risque. De fait, comme nous l'avons déjà signalé, certains des documents déposés par le ministère public mentionnent l'ingestion orale de cannabis comme solution de rechange viable à celle consistant à fumer la marihuana.

[27] Enfin, la preuve n'a démontré l'existence d'aucun lien entre la restriction contestée et les tentatives visant à mettre un frein au détournement de la marihuana vers le marché illégal. Force nous est de constater l'absence totale de lien entre la limite que l'interdiction impose à la liberté et à la sécurité de la personne et l'objet de l'interdiction, ce qui rend celle-ci arbitraire (voir *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 83).

[28] Nous concluons que l'interdiction visant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales limite le droit à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière arbitraire, et n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle viole donc l'art. 7 de la *Charte*.

[29] Il nous reste à déterminer si le ministère public a démontré que cette violation de l'art. 7 est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Bedford*, l'analyse fondée sur l'article premier se concentre sur la protection de l'intérêt public et diffère donc de l'analyse fondée sur l'art. 7, qui est axée sur la violation de droits individuels (par. 125). Cependant, l'objectif de l'interdiction en l'espèce est le même dans les deux analyses : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit

that the infringement of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Charter*.

C. *Remedy*

[30] A law is "of no force or effect" to the extent it is inconsistent with the guarantees in the *Charter*: s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We have concluded that restricting medical access to marihuana to its dried form is inconsistent with the *Charter*. It follows that to this extent the restriction is null and void.

[31] The precise form the order should take is complicated by the fact that it is the combination of the offence provisions and the exemption that creates the unconstitutionality. The offence provisions in the *CDSA* should not be struck down in their entirety. Nor is the exemption, insofar as it goes, problematic — the problem is that it is too narrow, or underinclusive. We conclude that the appropriate remedy is a declaration that ss. 4 and 5 of the *CDSA* are of no force and effect, to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes.

[32] We would reject the Crown's request that the declaration of invalidity be suspended to keep the prohibition in force pending Parliament's response, if any. (What Parliament may choose to do or not do is complicated by the variety of available options and the fact that the *MMARs* have been replaced by a new regime.) To suspend the declaration would leave patients without lawful medical treatment and the law and law enforcement in limbo. We echo the Ontario Court of Appeal in *Hitzig*, at para. 170: "A suspension of our remedy would simply [continue the] undesirable uncertainty for a further period of time."

exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À l'instar des juridictions inférieures, nous concluons que l'atteinte portée à l'art. 7 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

C. *Réparation*

[30] Toute règle de droit incompatible avec les droits garantis par la *Charte* est « inopérante » (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52). Nous estimons que le fait de restreindre l'accès médical à la marihuana uniquement à sa forme séchée est incompatible avec la *Charte*. Cette restriction est donc inopérante dans la mesure de cette incompatibilité.

[31] La forme exacte que l'ordonnance devrait revêtir se complique du fait que l'inconstitutionnalité découle de la combinaison des dispositions pénales en question et de l'exemption. Les dispositions pénales de la *LRCDAS* ne devraient pas être invalidées en entier. L'exemption n'est pas non plus, à strictement parler, problématique; le problème est qu'elle est trop étroite ou trop limitative. Nous concluons que la réparation appropriée consiste à déclarer inopérants les art. 4 et 5 de la *LRCDAS* dans la mesure où ils interdisent à une personne munie d'une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales.

[32] Nous sommes d'avis de rejeter la demande du ministère public visant à faire suspendre la déclaration d'invalidité pour que l'interdiction reste en vigueur en attendant une éventuelle réponse du législateur. (Ce que le législateur pourra choisir de faire ou de ne pas faire se complique par les diverses solutions qui s'offrent à lui ainsi que par le fait que le *RAMFM* a été depuis remplacé par un nouveau régime.) Suspendre la déclaration d'invalidité ferait en sorte que les patients se retrouveraient sans traitement médical légal et que la loi et son application seraient laissées dans le flou. Nous faisons nôtres les propos formulés par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hitzig*, par. 170 : [TRADUCTION] « Le fait de suspendre l'application de la réparation que nous ordonnons [ne ferait que] prolonger encore une incertitude indésirable. »

III. Disposition

[33] We would dismiss the appeal, but vary the Court of Appeal's order by deleting the suspension of its declaration and instead issue a declaration that ss. 4 and 5 of the *CDSA* are of no force and effect to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes.

[34] At no point in the course of these proceedings did the British Columbia courts or this Court issue a declaration rendering the charges against Mr. Smith unconstitutional. In fact, following the *voir dire*, the trial judge refused to grant a judicial stay of proceedings. Despite this, the Crown chose not to adduce any evidence at trial. As a result of the Crown's choice, Mr. Smith was acquitted. We see no reason why the Crown should be allowed to reopen the case following this appeal. Mr. Smith's acquittal is affirmed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Tousaw Law Corporation, Duncan, British Columbia; Conroy and Company, Abbotsford; Henshall Scouten, Vancouver; Bibhas D. Vaze, Vancouver.

Solicitors for the intervener Santé Cannabis: Grey Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gratl & Company, Vancouver.

III. Dispositif

[33] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, mais de modifier l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en supprimant la suspension de sa déclaration d'invalidité et en déclarant plutôt que les art. 4 et 5 de la *LRCDAS* sont inopérants dans la mesure où ils interdisent à une personne munie d'une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales.

[34] À aucun moment dans le cadre de la présente instance, les tribunaux de la Colombie-Britannique ou la Cour n'ont déclaré inconstitutionnelles les accusations portées contre M. Smith. En fait, à la suite du voir-dire, le juge de première instance a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Malgré cela, le ministère public a choisi de ne présenter aucune preuve au procès. M. Smith a été acquitté en raison de ce choix. Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait autoriser le ministère public à rouvrir le dossier à l'issue du présent pourvoi. L'acquittement de M. Smith est confirmé.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Tousaw Law Corporation, Duncan, Colombie-Britannique; Conroy and Company, Abbotsford; Henshall Scouten, Vancouver; Bibhas D. Vaze, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Santé Cannabis : Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Gratl & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian AIDS Society, the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Burstein Bryant Barristers, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto; Canadian HIV/AIDS Legal Network, Toronto.

Procureurs des intervenants la Société canadienne du sida, le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Burstein Bryant Barristers, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto; Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca