



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 1, 2021 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2021 Vol. 2**

Cited as [2021] 2 S.C.R. 3-289

Renvoi [2021] 2 R.C.S. 3-289

---

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

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI  
ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
EMILY K. MOREAU  
CRAIG MRACEK

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH  
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE  
AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH  
ANTHONY DELISLE

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS  
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif  
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoint administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

KATHIA SÉGUIN

*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.*



**Canada**  
**Supreme Court**  
**Reports**

**Recueil des arrêts**  
**de la Cour suprême**  
**du Canada**

**Volume 2, 2021**

**2<sup>e</sup> volume, 2021**



## CONTENTS

### **Colucci v. Colucci ..... 3**

Family law — Support — Child support — Retroactive decrease — Rescission of arrears — Father owing \$170,000 in child support arrears and seeking retroactive decrease in child support and rescission of arrears — Framework governing applications by payor parent to retroactively decrease child support based on material change in circumstances — Framework governing applications by payor parent for rescission of child support arrears based on current and ongoing inability to pay — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17.

### **Sherman Estate v. Donovan ..... 75**

Courts — Open court principle — Sealing orders — Discretionary limits on court openness — Important public interest — Privacy — Dignity — Physical safety — Unexplained deaths of prominent couple generating intense public scrutiny and prompting trustees of estates to apply for sealing of probate files — Whether privacy and physical safety concerns advanced by estate trustees amount to important public interests at such serious risk to justify issuance of sealing orders.

### **R. v. Chouhan ..... 136**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair hearing — Right to trial by jury — Jurors — Selection — Peremptory challenges — Whether amendments to Criminal Code abolishing accused's peremptory challenges during jury selection violate right to fair hearing or right to benefit of trial by jury — If not, whether abolition of peremptory challenges applies to accused awaiting trial on date amendments came into force — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (f) — An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, 1st Sess., 42nd Parl., 2019, c. 25, ss. 269, 271, 272 — Criminal Code, ss. 633, 638.

## SOMMAIRE

### **Colucci c. Colucci ..... 3**

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire pour enfants — Diminution rétroactive — Annulation de l'arriéré — Père débiteur d'un arriéré de pension alimentaire pour enfants de 170 000 \$ sollicitant une diminution rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant la réduction rétroactive d'une pension alimentaire pour enfants en raison d'un changement de situation important — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant l'annulation d'un arriéré de pension alimentaire pour enfants en raison d'une incapacité actuelle et continue de payer — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17.

### **Sherman (Succession) c. Donovan ..... 75**

Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires — Ordonnances de mise sous scellés — Limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires — Intérêt public important — Vie privée — Dignité — Sécurité physique — Décès inexpliqué d'un couple important suscitant une vive attention chez le public et amenant les fiduciaires des successions à demander la mise sous scellés des dossiers d'homologation — Les préoccupations en matière de vie privée et de sécurité physique soulevées par les fiduciaires des successions constituent-elles des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés qu'ils justifient le prononcé d'ordonnances de mise sous scellés?

### **R. c. Chouhan ..... 136**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Jurés — Sélection — Récusations péremptoires — Les modifications au Code criminel abolissant les récusations péremptoires de l'accusé durant la sélection du jury violent-elles le droit à un procès équitable ou celui de subir un procès avec jury? — Sinon, l'abolition des récusations péremptoires s'applique-t-elle à l'accusé en attente de son procès à la date d'entrée en vigueur des modifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d, f) — Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019, c. 25, art. 269, 271, 272 — Code criminel, art. 633, 638.

**Felice Colucci** *Appellant*

v.

**Lina Colucci** *Respondent*

and

**West Coast Legal Education and  
Action Fund Association,  
Women’s Legal Education and  
Action Fund Inc. and  
Canada Without Poverty** *Interveners*

**INDEXED AS: COLUCCI v. COLUCCI**

**2021 SCC 24**

File No.: 38808.

2020: November 4; 2021: June 4.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Family law — Support — Child support — Retroactive decrease — Rescission of arrears — Father owing \$170,000 in child support arrears and seeking retroactive decrease in child support and rescission of arrears — Framework governing applications by payor parent to retroactively decrease child support based on material change in circumstances — Framework governing applications by payor parent for rescission of child support arrears based on current and ongoing inability to pay — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17.*

The parties were married in 1983 and divorced in 1996. The mother was granted sole custody of the parties’ two daughters and the father was required to pay child support of \$115 per week per child until they were no longer children of the marriage. In 1998, the father requested a reduction in his child support obligations, but provided no financial disclosure to support his request and the parties

**Felice Colucci** *Appelant*

c.

**Lina Colucci** *Intimée*

et

**West Coast Legal Education and  
Action Fund Association,  
Fonds d’action et d’éducation juridiques  
pour les femmes et  
Canada sans pauvreté** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COLUCCI c. COLUCCI**

**2021 CSC 24**

N° du greffe : 38808.

2020 : 4 novembre; 2021 : 4 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

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

*Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire pour enfants — Diminution rétroactive — Annulation de l’arriéré — Père débiteur d’un arriéré de pension alimentaire pour enfants de 170 000 \$ sollicitant une diminution rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l’annulation de l’arriéré — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant la réduction rétroactive d’une pension alimentaire pour enfants en raison d’un changement de situation important — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant l’annulation d’un arriéré de pension alimentaire pour enfants en raison d’une incapacité actuelle et continue de payer — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17.*

Les parties se sont mariées en 1983 et ont divorcé en 1996. La mère a obtenu la garde exclusive des deux filles des parties et le père devait verser une pension alimentaire pour enfants de 115 \$ par semaine, par enfant, jusqu’à ce qu’elles ne soient plus des enfants à charge. En 1998, le père a demandé une réduction de ses obligations alimentaires envers les enfants, mais n’a communiqué

reached no agreement at that time. The father's child support obligations ended in 2012. From 1998 to 2016, the father made no voluntary child support payments and only limited sums were collected through enforcement mechanisms. During the period in which the arrears accrued, the father was absent from the children's lives and his whereabouts were unknown. In 2016, the father applied to retroactively reduce child support and rescind the arrears of approximately \$170,000. He provided little documentation or financial disclosure to support his claims. The motion judge retroactively decreased support, effectively reducing the arrears owing to \$41,642. He found that this variation was warranted in order to bring the child support in line with the *Federal Child Support Guidelines* and to reflect the father's drop in income over the period when the arrears were accruing. The Court of Appeal overturned that decision and ordered that the father pay the full amount of the arrears.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Courts have and need wide discretion to vary child support orders to ensure the correct amount of child support is being paid and to adapt to the enormous diversity of individual circumstances that families face. In building a framework for cases involving the variation of child support and the rescission of arrears, three interests must be balanced to achieve a fair result: the child's interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled; the interest of the parties and the child in certainty and predictability; and the need for flexibility to ensure a just result in light of fluctuations in the payor's income. The child's interest in a fair standard of support commensurate with income is the core interest to which all rules and principles must yield. A fair result that adequately protects this interest will sometimes lean toward preserving certainty, and sometimes toward flexibility.

Any framework for decreased child support must also account for the informational asymmetry between the parties and the resulting need for full and frank disclosure of the payor's income. The child support system depends

aucun renseignement financier au soutien de sa demande et les parties ne sont pas parvenues à une entente à ce moment. Les obligations alimentaires du père envers les enfants ont pris fin en 2012. De 1998 à 2016, le père n'a fait aucun paiement volontaire de pension alimentaire pour enfants et seules des sommes limitées ont été perçues au moyen de mécanismes d'exécution. Lors de la période pendant laquelle l'arriéré s'accumulait, le père était absent de la vie des enfants, et on ignorait où il se trouvait. En 2016, le père a demandé la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré totalisant environ 170 000 \$. Il a fourni peu de documents ou de renseignements financiers au soutien de ses demandes. Le juge de la motion a rétroactivement réduit la pension alimentaire, diminuant de ce fait l'arriéré exigible à 41 642 \$. Il a conclu que cette modification était justifiée afin d'harmoniser la pension alimentaire pour enfants avec les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et afin de refléter la baisse de revenu du père au cours de la période où l'arriéré s'accumulait. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a ordonné au père de payer la totalité de l'arriéré.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux ont et doivent avoir un large pouvoir discrétionnaire pour modifier les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de faire en sorte que le juste montant de pension alimentaire soit payé et de s'adapter à l'énorme diversité de situations particulières dans lesquelles les familles peuvent se trouver. Au sein du cadre d'analyse applicable aux cas de modification de la pension alimentaire pour enfants et d'annulation de l'arriéré, trois intérêts doivent être mis en balance pour atteindre un juste résultat : l'intérêt de l'enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée à laquelle il a droit; l'intérêt des parties et de l'enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité; et le besoin de souplesse pour que le résultat soit juste en cas de fluctuations du revenu du parent débiteur. L'intérêt de l'enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire à proportion du revenu du parent débiteur est l'intérêt fondamental auquel toutes les règles et tous les principes doivent céder le pas. Un résultat juste qui protège adéquatement cet intérêt penchera parfois vers la préservation de la certitude, parfois vers la souplesse.

Le cadre d'analyse applicable à une réduction de la pension alimentaire pour enfants doit aussi prendre en compte l'asymétrie au titre de l'information entre les parties et la nécessité qui en découle que le parent débiteur



upon adequate, accurate and timely financial disclosure. Disclosure is the linchpin on which fair support depends and the relevant legal tests must encourage the timely provision of necessary information. In a system that ties support to payor income, it is the payor who knows and controls the information needed to calculate the appropriate amount of support. The recipient does not have access to this information, except to the extent that the payor chooses or is made to share it. Thus, full and frank disclosure of income information by the payor lies at the foundation of the child support regime and is also a precondition to good faith negotiation. Without it, the parties cannot stand on the equal footing required to make informed decisions and resolve child support disputes outside of court. The payor's duty to disclose income information is a corollary of the legal obligation to pay support commensurate with income. Proactive disclosure of changes in income is the first step to ensuring that child support obligations are tied to payor income as it fluctuates.

The framework applicable to a payor's application for a retroactive decrease in support based on a material change in circumstances covers situations in which the payor has experienced a material drop in income that affected their ability to make payments as they came due. A payor seeking a downward retroactive change must first show a past change in circumstances. Most commonly, the retroactive variation claim will be based on a material change in income. The payor must have disclosed sufficient reliable evidence to determine when and how far their income fell, and to ascertain whether the change was significant, long lasting, and not one of choice. A payor's whose income was originally imputed because of an initial lack of disclosure cannot rely on their own late disclosure as a change in circumstances to ground a variation order.

effectue une communication franche et complète de son revenu. Le régime de soutien alimentaire des enfants dépend de la communication adéquate, exacte et en temps utile des renseignements financiers. La communication est l'élément central sur lequel repose un soutien alimentaire des enfants équitable et les critères juridiques pertinents doivent favoriser la communication en temps utile des renseignements nécessaires. Dans un régime qui rattache la pension alimentaire au revenu du parent débiteur, c'est ce dernier qui connaît et qui contrôle les renseignements nécessaires au calcul du montant approprié de la pension alimentaire. Le parent créancier n'a pas accès à ces renseignements, sauf dans la mesure où le parent débiteur choisit de les communiquer ou y est contraint. Par conséquent, la communication franche et complète par le parent débiteur des renseignements sur son revenu est le fondement du régime de soutien alimentaire des enfants et est également une condition préalable à la négociation de bonne foi. Sans elle, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité, lequel est nécessaire pour prendre des décisions éclairées et régler par voie extrajudiciaire les différends portant sur la pension alimentaire pour enfants. L'obligation du parent débiteur de communiquer les renseignements sur son revenu est un corollaire de l'obligation légale de verser une pension alimentaire à proportion de son revenu. La communication proactive des changements du revenu est la première étape pour faire en sorte que les obligations alimentaires envers les enfants se rattachent au revenu du parent débiteur au gré de ses fluctuations.

Le cadre d'analyse applicable à la demande du parent débiteur sollicitant une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement important de situation vise les situations où le parent débiteur a connu une baisse importante de revenu qui a eu une incidence sur sa capacité de faire des versements à échéance. Le parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive à la baisse doit d'abord démontrer un changement de situation antérieur. Le plus souvent, la demande de modification rétroactive sera fondée sur un changement important de revenu. Le parent débiteur doit avoir communiqué suffisamment d'éléments de preuve fiables pour que le tribunal puisse déterminer quand et de combien son revenu a baissé, et apprécier si le changement était substantiel, de longue durée et ne découlant pas d'un choix. Le parent débiteur à qui un revenu a été attribué au départ en raison du fait que les renseignements sur son revenu n'ont pas été initialement communiqués ne peut pas invoquer la communication tardive de son propre fait en tant que changement de situation au soutien d'une ordonnance modificative.

Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively decreasing child support to the date the payor gave the recipient effective notice, up to three years before formal notice of the application to vary. Effective notice requires clear communication of the change in circumstances accompanied by the disclosure of any available documentation necessary to substantiate the change and allow the recipient parent to meaningfully assess the situation — it is not enough for the payor to merely broach the subject of a reduction of support with the recipient. The presumption that support will be reduced back to the date of effective notice strikes a fair balance between the certainty interests of the child and recipient and the payor’s interest in flexibility. While recipients should be aware that support varies with payor income, they are at an informational disadvantage. The recipient is entitled to rely on the court order or agreement in the absence of proper communication and disclosure by the payor showing a decrease in income that is lasting and genuine. While a drop in support can be presumed to have detrimental impacts on the child, ongoing communication and disclosure cushions those impacts and preserves the child’s best interests to the fullest extent possible. In the absence of effective notice of a drop in payor income, certainty and predictability for the child are to be prioritized over the payor’s interest in flexibility. The payor’s interest in flexibility comes to the forefront only once effective notice is given. The presumption provides payors with the certainty of knowing that any material change in income should be disclosed. The payor therefore has control over the date of notice and the date of retroactivity.

Even where the payor has given proper effective notice, the period of retroactivity is presumed to extend no further than three years before the date of formal notice. The presumptive three-year limit allows the parties time to negotiate but recognizes that the payor must commence proceedings in a timely manner if negotiations fail in order to protect the certainty interests of the child and recipient. The presumptive three-year limit is also justified by evidentiary concerns as the best evidence of income or ability to earn income is generally more readily available closer to the time that the income is earned. Where no effective notice is given by the payor parent, child support should generally be varied back to the date of formal notice, or a

Dès qu’un changement de situation important est établi, une présomption prend naissance en faveur d’une réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier, jusqu’à trois ans avant l’avis formel de la demande de modification. L’information réelle exige une communication claire du changement de situation, accompagnée de tous les documents nécessaires pour corroborer le changement et permettre au parent créancier de bien évaluer la situation — il ne suffit pas que le parent débiteur aborde simplement le sujet d’une réduction de la pension alimentaire avec le parent créancier. La présomption selon laquelle celle-ci sera réduite rétroactivement à la date d’information réelle établit un juste équilibre entre l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude et l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. Bien que le parent créancier soit censé savoir que le soutien alimentaire varie en fonction du revenu du parent débiteur, il est désavantagé sur le plan de l’information. En l’absence de communication adéquate du parent débiteur indiquant une baisse de revenu qui est durable et réelle, le parent créancier peut s’appuyer sur l’ordonnance du tribunal ou sur l’entente. Bien qu’on puisse présumer qu’une baisse de la pension alimentaire aura des effets préjudiciables sur l’enfant, la communication continue atténue ces effets et protège l’intérêt de l’enfant dans toute la mesure possible. En l’absence d’information réelle concernant une baisse du revenu du parent débiteur, il faut accorder la priorité à la certitude et la prévisibilité pour l’enfant plutôt qu’à l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. L’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse passe à l’avant-plan seulement lorsqu’il y a information réelle. La présomption procure au parent débiteur la certitude que tout changement important de revenu doit être signalé. Le parent débiteur a donc le contrôle sur la date de l’information réelle et la date de rétroactivité.

Même dans les cas où il y a dûment eu information réelle par le parent débiteur, la période de rétroactivité est présumée ne pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. La limite de trois ans censée s’appliquer donne aux parties le temps de négocier, mais reconnaît que le parent débiteur doit introduire une instance en temps utile si les négociations échouent afin de protéger les intérêts de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. La limite de trois ans censée s’appliquer se justifie également par des préoccupations liées à la preuve, car la meilleure preuve du revenu ou de la capacité de gagner un revenu est généralement plus facile à obtenir à une date rapprochée de celle où le revenu est gagné.

later date where the payor has delayed making complete disclosure in the course of the proceedings.

The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair in the circumstances of a particular case. The four factors set out in *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231 — adapted to suit the retroactive decrease context — help the court reach a fair balancing of the three interests at play, namely the child’s interest in a fair standard of support, the payor’s interest in flexibility, and the interest of the child and recipient in certainty. The first factor is whether the payor has an understandable reason for the delay in giving effective notice or seeking relief in the courts. Judges are well placed to assess whether the reasons proffered for the delay explain the extent of the payor’s inactivity. Where the payor has such a reason, fairness may militate in favour of extending the date of retroactivity to a time before the date of effective notice or not applying the three-year limit. The recipient’s delay in enforcing arrears is irrelevant to the analysis. The second factor is the payor’s conduct. The payor’s efforts to disclose and communicate will often be prominent considerations. Genuine efforts to continue paying as much as the payor can will show good faith and a willingness to support the child. The circumstances of the child are the third factor. If the child has experienced hardship or is currently in need, this factor militates in favour of a shorter period of retroactivity. Another relevant consideration is whether the retroactive decrease would result in an order requiring the recipient to repay support to remedy an overpayment. In cases involving claims of overpayment, it will rarely be appropriate, given the recipient’s absence of knowledge, to retroactively decrease support to a date before the recipient could have expected that child support payments received from the payor might need to be repaid at some future date. This approach protects the child’s best interests and the recipient’s certainty interest, while allowing payors who have overpaid to seek a retroactive decrease as long as the recipient has been given proper notice and disclosure. The final factor is hardship to the payor if the period of retroactivity is not lengthened beyond the presumptive date. The payor must adduce evidence to establish real facts supporting a finding of hardship. A showing of hardship will not automatically justify a departure from the presumed date of retroactivity. Hardship carries much less weight where brought on by the payor’s own unreasonable failure to make proper disclosure and give notice to the recipient.

Lorsque le parent débiteur n’a pas réellement informé le parent créancier, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être modifiée à compter de la date de l’avis formel, ou d’une date subséquente lorsque le parent débiteur a tardé à faire une communication complète au cours de l’instance.

Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption d’application de la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait injuste par ailleurs dans les circonstances d’un cas donné. Les quatre facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231 — adaptés au contexte de la réduction rétroactive — aident le tribunal à atteindre une juste pondération des trois intérêts en jeu, à savoir l’intérêt de l’enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire, l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse et l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. Le premier facteur consiste à se demander si le retard du parent débiteur à réellement informer le parent créancier ou à solliciter une réparation devant les tribunaux s’explique par une raison compréhensible. Les juges sont bien placés pour apprécier si les raisons du retard invoquées expliquent la mesure d’inactivité du parent débiteur. Lorsque le parent débiteur a une telle raison, l’équité peut militer en faveur de l’imposition d’une date de rétroactivité qui remonte à une date précédant la date d’information réelle ou la non-application de la limite de trois ans. Le fait que le parent créancier ait tardé à exécuter l’arriéré n’est pas pertinent dans l’analyse. Le deuxième facteur est le comportement du parent débiteur. Les efforts déployés par le parent débiteur pour communiquer seront souvent des considérations importantes. Les efforts véritables déployés par le parent débiteur pour continuer à payer dans la mesure de ses moyens témoigneront de sa bonne foi et de sa volonté de subvenir aux besoins de l’enfant. La situation de l’enfant est le troisième facteur. Si l’enfant a connu des difficultés ou s’il est dans le besoin, ce facteur milite en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Une autre considération pertinente est celle de savoir si la réduction rétroactive donnerait lieu à une ordonnance obligeant le parent créancier à rembourser des prestations alimentaires pour rectifier un trop-payé. Dans les cas où un trop-payé est allégué, il sera rarement approprié, en raison du fait que le parent créancier n’avait pas été informé, de réduire rétroactivement la pension alimentaire à partir d’une date antérieure à celle où le parent créancier aurait pu s’attendre à ce que les versements de la pension alimentaire pour enfants reçus du parent débiteur doivent être remboursés ultérieurement. Cette approche protège l’intérêt de l’enfant ainsi que l’intérêt du parent créancier à bénéficier de

Hardship to the payor must also be viewed in the context of hardship to the recipient and child if the court were to extend the period of the retroactive decrease.

Once a court has determined that support should be retroactively decreased to a particular date, the decrease must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the statutory scheme that applies to the award. Full and complete disclosure is required to quantify the appropriate amount of support for the period of retroactivity, just as it would be when quantifying prospective support. The onus is on the payor to show the extent to which their income decreased during the period of retroactivity. If the payor fails to provide all relevant evidence required for the court to fully appreciate their true income during any part of the period of retroactivity, the court may draw an adverse inference against the payor. The payor must also make complete disclosure of their current financial circumstances if seeking a periodic payment plan or temporary suspension on hardship grounds.

In applications where the payor seeks rescission of arrears based on current inability to pay, the prior child support order or agreement corresponds with the payor's income and the arrears accurately reflect the amount of support that the payor should have paid. The only relevant factor is the payor's ongoing financial capacity and therefore the payor must provide sufficient reliable evidence to enable the court to assess their current and prospective financial circumstances. The payor must overcome a presumption against rescinding any part of the arrears.

la certitude, tout en permettant au parent débiteur qui a trop payé de demander une réduction rétroactive, pourvu que le parent créancier en ait été dûment avisé et informé. Le dernier facteur correspond aux difficultés causées au parent débiteur si la période de rétroactivité n'est pas allongée au-delà de la date présumée. Le parent débiteur doit présenter des éléments de preuve pour établir des faits concrets permettant de conclure qu'il subira des difficultés. Une démonstration de l'existence de difficultés ne justifie pas automatiquement que l'on déroge à la date de rétroactivité présumée. Les difficultés revêtent une importance bien moindre lorsqu'elles sont causées par la propre omission déraisonnable du parent débiteur de communiquer adéquatement les renseignements au parent créancier et de l'aviser de sa situation. Les difficultés causées au parent débiteur doivent également être considérées dans le contexte de celles causées au parent créancier et à l'enfant si le tribunal allongeait la période de la réduction rétroactive.

Lorsque le tribunal a conclu qu'il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire à compter d'une date donnée, la réduction doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément au régime législatif applicable à l'ordonnance. Une communication franche et complète est nécessaire en vue de quantifier le montant approprié de la pension alimentaire pour la période de rétroactivité, tout comme elle le serait lorsqu'on quantifie le soutien alimentaire pour l'avenir. Il appartient au parent débiteur de démontrer la mesure dans laquelle son revenu a diminué au cours de la période de rétroactivité. Si le parent débiteur ne fournit pas tous les éléments de preuve pertinents dont le tribunal a besoin pour apprécier pleinement son revenu véritable au cours d'une partie de la période de rétroactivité, le tribunal peut tirer une inférence défavorable à celui-ci. Le parent débiteur doit en outre faire la communication complète de sa situation financière actuelle s'il sollicite un plan de versements périodiques ou une suspension temporaire en raison de difficultés.

Dans le cas des demandes où le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en invoquant l'incapacité actuelle de payer, l'ordonnance ou l'entente alimentaire antérieure au profit d'un enfant correspond au revenu du parent débiteur et l'arriéré reflète avec exactitude le montant de la pension alimentaire qu'aurait dû payer le parent débiteur. La capacité financière continue du parent débiteur est le seul facteur pertinent, et le parent débiteur doit donc fournir suffisamment d'éléments de preuve fiables pour permettre au tribunal d'évaluer sa situation

The presumption will only be rebutted where the payor parent establishes on a balance of probabilities that even with a flexible payment plan, they cannot and will not ever be able to pay the arrears. While the presumption in favour of enforcing arrears may be rebutted in unusual circumstances, the standard should remain a stringent one. Rescission of arrears is a last resort in exceptional cases. The rule should not allow or encourage debtors to wait out their obligations or subvert statutory enforcement regimes that recognize child support arrears as debts to be taken seriously. If the court concludes that the payor's financial circumstances will give rise to difficulties paying down arrears, it ought first to consider whether hardship can be mitigated by ordering a temporary suspension, periodic payments, or other creative payment options.

In the instant case, the coming into force of the *Guidelines* did constitute a change in circumstances. While this legal change opens the door at the threshold step, it does not obviate the need for evidence of the father's earnings in the years since the *Guidelines* came into force. To the extent that he relies on drops in income, the father's deficient communication, inadequate evidence and insufficient disclosure are fatal to his application. It was not enough for the father to advise the mother that his income had fallen without taking any further steps, and since the father did not provide reasonable proof to allow the mother to meaningfully assess the situation, his request fell short of effective notice. As the father gave no effective notice before arrears stopped accumulating in 2012, he is not entitled to any retroactive decrease in his child support obligations. The application of the three-year rule would preclude any retroactive decrease, given that the children were no longer eligible for child support beginning in 2012 and he gave formal notice in 2016. Nor would the application of the *D.B.S.* factors support a longer period of retroactivity. The father made few, if any, voluntary payments and showed no willingness to support the children, who suffered hardship as a result of his failure to fulfill his obligations. His conduct shows bad faith efforts to evade the enforcement of a court order. This case provides an example of the kind of inadequate disclosure that would justify a refusal to vary back to the date of formal notice. The father is not entitled to relief on the basis of a decrease in income. Further, the father's failure to adduce adequate

financière actuelle et prospective. Le parent débiteur doit renverser la présomption contre l'annulation de quelque partie que ce soit de l'arriéré. La présomption ne sera repoussée que lorsque le parent débiteur établit, selon la prépondérance des probabilités, que même avec des modalités de paiement souples il ne peut pas, et ne pourra jamais, payer l'arriéré. Bien que la présomption en faveur de l'exécution de l'arriéré puisse être repoussée dans des circonstances inhabituelles, la norme doit demeurer rigoureuse. L'annulation de l'arriéré doit être utilisée en dernier recours. La règle ne doit pas permettre aux parents débiteurs de laisser courir leurs obligations ou de contourner les régimes légaux d'exécution qui reconnaissent l'arriéré de pensions alimentaires pour enfants comme une dette à prendre au sérieux, ni les inciter à le faire. Si le tribunal conclut que la situation financière du parent débiteur engendrera des difficultés à rembourser l'arriéré, il doit d'abord se demander si les difficultés peuvent être atténuées par une ordonnance prévoyant la suspension temporaire, des versements périodiques ou d'autres options de paiement novatrices.

En l'espèce, l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation. Bien que ce changement juridique permette de franchir l'étape de la condition préliminaire, il n'écarte pas la nécessité d'obtenir la preuve des gains du père dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*. Dans la mesure où le père invoque des baisses de revenu, sa communication déficiente, la preuve inadéquate et l'insuffisance des renseignements communiqués portent un coup fatal à sa demande. Il ne suffit pas que le père informe la mère que son revenu a baissé sans prendre d'autres mesures, et puisque le père n'a pas fourni de preuve raisonnable pour permettre à la mère de bien évaluer la situation, sa demande n'équivalait pas à une information réelle. Étant donné que le père n'a pas réellement informé la mère avant que l'arriéré cesse de s'accumuler en 2012, il n'a pas droit à une réduction rétroactive de ses obligations alimentaires envers ses enfants. L'application de la règle des trois ans ferait obstacle à toute réduction rétroactive, vu que ses enfants n'avaient plus droit à une pension alimentaire à compter de 2012 et qu'il avait donné un avis formel en 2016. L'application des facteurs de l'arrêt *D.B.S.* ne permettrait pas non plus d'établir une période de rétroactivité plus longue. Le père n'a fait que peu de versements volontaires, voire aucun, et n'a fait montre d'aucune volonté de subvenir aux besoins des enfants, qui ont connu des difficultés en raison de son défaut de satisfaire à ses obligations. Son comportement témoigne d'efforts de mauvaise foi visant à se soustraire

evidence of his financial circumstances would be fatal to any application to rescind arrears. As such, he has not discharged his onus of showing that he will be unable to pay now or in the future even with a flexible payment plan.

à l'exécution d'une ordonnance judiciaire. La présente affaire fournit un exemple du type de communication inadéquate qui justifierait un refus de faire remonter la modification à la date de l'avis formel. Le père n'a pas droit à une réparation fondée sur une réduction de revenu. De plus, son omission de présenter une preuve adéquate de sa situation financière porterait un coup fatal à toute demande d'annulation de l'arriéré. Ainsi, il ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir qu'il était incapable de payer actuellement ou à l'avenir, même avec des modalités de paiement souples.

### Cases Cited

**Applied:** *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231; **considered:** *Corcios v. Burgos*, 2011 ONSC 3326; *Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201; *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323; **referred to:** *D.B.S. v. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60; *Brear v. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1; *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *Hunt v. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Whitton v. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437; *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763; *C. (M.) v. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59; *Goulding v. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259; *Burchill v. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217; *Greene v. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330; *Carlaw v. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1; *Damphouse v. Damphouse*, 2020 ABQB 101; *Templeton v. Nuttall*, 2018 ONSC 815; *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217; *Shamli v. Shamli*, 2004 CanLII 45956; *Hietanen v. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67; *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313; *Francis v. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99; *Roberts v. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6; *Leitch v. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587; *Roseberry v. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215; *Cunningham v. Severyn*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1; *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295; *Sawatzky v. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Punzo v. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304; *Earle v. Earle*, 1999 CanLII 6914; *MacCarthy v. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102; *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775; *Tougher v. Tougher*, 1999 ABQB 552; *Trang v. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364; *M.W. v. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51; *Morwald-Benevides v. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305; *MacEachern v. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68; *H.G.S. v. J.R.M.*,

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231; **arrêts examinés :** *Corcios c. Burgos*, 2011 ONSC 3326; *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201; *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 323; **arrêts mentionnés :** *D.B.S. c. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60; *Brear c. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1; *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *Hunt c. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Whitton c. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437; *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763; *C. (M.) c. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59; *Goulding c. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259; *Burchill c. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217; *Greene c. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330; *Carlaw c. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1; *Damphouse c. Damphouse*, 2020 ABQB 101; *Templeton c. Nuttall*, 2018 ONSC 815; *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217; *Shamli c. Shamli*, 2004 CanLII 45956; *Hietanen c. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67; *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 313; *Francis c. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99; *Roberts c. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6; *Leitch c. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587; *Roseberry c. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215; *Cunningham c. Severyn*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1; *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295; *Sawatzky c. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Punzo c. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304; *Earle c. Earle*, 1999 CanLII 6914; *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; *Tougher c. Tougher*, 1999 ABQB 552; *Trang c. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364; *M.W. c. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51; *Morwald-Benevides c. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305; *MacEachern c. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68; *H.G.S. c. J.R.M.*,

2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404; *Hrynkow v. Gosse*, 2017 ABQB 675; *Hodges v. Hodges*, 2018 ABCA 197; *Brown v. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401; *Janik v. Drotlef*, 2018 ONCJ 287; *Haisman v. Haisman* (1994), 157 A.R. 47, rev'g (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157; *DiFrancesco v. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363; *Fleury v. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92; *Kinsella v. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1; *C.L.W. v. S.V.W.*, 2017 ABCA 121; *Blanchard v. Blanchard*, 2019 ABCA 53; *S.A.L. v. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299; *Semancik v. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219; *Mayotte v. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38; *Heiden v. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48; *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577, with additional reasons (2004), 6 R.F.L. (6th) 432; *St-Jules v. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133; *Tremblay v. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91; *Schmidt v. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(1)(c).  
*Child Support Guidelines*, O. Reg. 391/97, s. 24.1(1).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 596 para. 2.  
*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 7.3, 7.5, 17, 26.1.  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 39.1(2).  
*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 5(1), 10.  
*Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31.  
*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, ss. 1, 3, 4, 7, 10, 14, 19, 21(1), Sch. I.  
*The Family Maintenance Act*, C.C.S.M., c. F20, s. 56.2(2), (3).

#### Authors Cited

Bakht, Natasha, et al. “*D.B.S. v. S.G.R.*: Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support” (2006), 18 *C.J.W.L.* 535.  
 Bala, Nicholas. “Reforming Family Dispute Resolution in Ontario: Systemic Changes and Cultural Shifts”, in Michael Trebilcock, Anthony Duggan and Lorne Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 2012, 271.  
 Dalphond, Pierre J., and Anushua Nag. “Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*” (2019), 78 *R. du B.* 255.

2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404; *Hrynkow c. Gosse*, 2017 ABQB 675; *Hodges c. Hodges*, 2018 ABCA 197; *Brown c. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401; *Janik c. Drotlef*, 2018 ONCJ 287; *Haisman c. Haisman* (1994), 157 A.R. 47, inf. (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157; *DiFrancesco c. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363; *Fleury c. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92; *Kinsella c. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1; *C.L.W. c. S.V.W.*, 2017 ABCA 121; *Blanchard c. Blanchard*, 2019 ABCA 53; *S.A.L. c. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299; *Semancik c. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219; *Mayotte c. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38; *Heiden c. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48; *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577, motifs supplémentaires dans (2004), 6 R.F.L. (6th) 432; *St-Jules c. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133; *Tremblay c. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91; *Schmidt c. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 596 al. 2.  
*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 5(1), 10.  
*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, art. 1, 3, 4, 7, 10, 14, 19, 21(1), ann. I.  
*Lignes directrices sur les aliments pour les enfants*, Règl. de l’Ont. 391/97, art. 24.1(1).  
*Loi de 1996 sur les obligations familiales et l’exécution des arriérés d’aliments*, L.O. 1996, c. 31.  
*Loi sur l’obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, art. 56.2(2), (3).  
*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(1)c).  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 7.3, 7.5, 17, 26.1.  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 39.1(2).

#### Doctrine et autres documents cités

Bakht, Natasha, et autres. « *D.B.S. v. S.G.R.* : Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support » (2006), 18 *R.F.D.* 535.  
 Bala, Nicholas. « Reforming Family Dispute Resolution in Ontario : Systemic Changes and Cultural Shifts », in Michael Trebilcock, Anthony Duggan and Lorne Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2012, 271.  
 Dalphond, Pierre J., and Anushua Nag. « Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce* » (2019), 78 *R. du B.* 255.

Davies, Christine. “Retroactive Child Support: the Alberta Trilogy” (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1.

Gordon, Marie L. “An Update on Retroactive Child and Spousal Support: Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)*” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71.

Martinson, Donna, and Margaret Jackson. “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada, 2020*. Toronto: Irwin Law, 2020.

Smith, D. “Retroactive Child Support — An Update” (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209.

Sowter, Deanne M. “Advocacy in Non-Adversarial Family Law: A Recommendation for Revision to the Model Code” (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Brown, Roberts and Zarnett JJ.A.), 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259, [2019] O.J. No. 3528 (QL), 2019 CarswellOnt 10845 (WL Can.), setting aside in part a decision of Hockin J., 2018 ONSC 6627. Appeal dismissed.

*Richard Gordner and Michael Gordner*, for the appellant.

*Cheryl Goldhart and Surinder Multani*, for the respondent.

*Jennifer Klinck*, for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

*Ceilidh Joan Henderson*, for the intervener Canada Without Poverty.

The judgment of the Court was delivered by

MARTIN J. —

## I. Overview

[1] This appeal centres on the appropriate framework for determining applications to retroactively decrease the amount of child support owing or forgive

Davies, Christine. « Retroactive Child Support : the Alberta Trilogy » (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1.

Gordon, Marie L. « An Update on Retroactive Child and Spousal Support : Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)* » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71.

Martinson, Donna, and Margaret Jackson. « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada, 2020*, Toronto, Irwin Law, 2020.

Smith, D. « Retroactive Child Support — An Update » (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209.

Sowter, Deanne M. « Advocacy in Non-Adversarial Family Law : A Recommendation for Revision to the Model Code » (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Brown, Roberts et Zarnett), 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259, [2019] O.J. No. 3528 (QL), 2019 CarswellOnt 10845 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Hockin, 2018 ONSC 6627. Pourvoi rejeté.

*Richard Gordner et Michael Gordner*, pour l’appelant.

*Cheryl Goldhart et Surinder Multani*, pour l’intimée.

*Jennifer Klinck*, pour les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

*Ceilidh Joan Henderson*, pour l’intervenant Canada sans pauvreté.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE MARTIN —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur le cadre qui permet de trancher les demandes sollicitant une réduction rétroactive du montant de la pension alimentaire pour



child support arrears under s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). The amount of child support payable varies based on the payor parent's income, and income often fluctuates. As a result, applications to retroactively vary support are a common occurrence in courtrooms across the country. In an ideal world, when parents work together in the best interests of their children, they will provide full and accurate income information every year and recalculate the proper amount of support owing. When that does not occur, s. 17 of the *Divorce Act* allows a parent to ask the court to vary an existing order retroactively to align with the payor's actual income for the relevant period.

[2] In the present case, Mr. Colucci did not make any voluntary payments toward his child support obligations for over 16 years and now owes approximately \$170,000 in arrears. On application by Mr. Colucci, the motion judge retroactively decreased support, effectively reducing the arrears owing to \$41,642. The Court of Appeal for Ontario overturned that decision and ordered him to pay the full amount of the arrears.

[3] The divergent results in the lower courts highlight the confusion surrounding the applicable framework with respect to applications under s. 17

enfants<sup>1</sup> due ou une remise de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants en application de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.). Le montant de la pension alimentaire pour enfants varie en fonction du revenu du parent débiteur, et le revenu fluctue souvent. Par conséquent, les demandes sollicitant la modification rétroactive de la pension alimentaire sont monnaie courante dans les salles d'audience partout au pays. Dans un monde idéal, lorsque les parents collaborent dans l'intérêt de leur enfant<sup>2</sup>, ils communiqueront chaque année les renseignements complets et exacts sur leur revenu et recalculeront le montant de la pension alimentaire due. Lorsqu'ils ne le font pas, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* permet à un parent de demander au tribunal de modifier rétroactivement une ordonnance existante afin qu'elle corresponde au revenu réel du parent débiteur pour la période pertinente.

[2] En l'espèce, M. Colucci n'a fait aucun versement volontaire au titre de ses obligations alimentaires envers ses enfants pendant plus de 16 ans et il doit maintenant un montant arriéré d'environ 170 000 \$. Saisi de la demande de M. Colucci, le juge de la motion a rétroactivement réduit la pension alimentaire, réduisant de ce fait l'arriéré exigible à 41 642 \$. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et a ordonné à M. Colucci de payer la totalité de l'arriéré.

[3] Les résultats divergents auxquels sont arrivées les juridictions inférieures mettent en évidence la confusion qui entoure le cadre d'analyse applicable

<sup>1</sup> « *child support* » : Comme mentionné dans l'arrêt *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763, alors que l'expression anglaise « *child support* » est très largement utilisée pour décrire pratiquement toutes les situations visées par cette notion, plusieurs termes différents — certains spécifiques (pension alimentaire), d'autres généraux (aliments, prestation alimentaire, soutien alimentaire) — sont utilisés en français dans les textes législatifs et doctrinaux sur la question. C'est pourquoi différents termes sont utilisés dans la version française de mes motifs.

<sup>2</sup> « *best interests of the child* » : Alors que l'expression « *best interests of the child* » est uniformément utilisée en anglais, différentes expressions sont utilisées en français dans les textes de loi pertinents au Canada. Puisque le présent pourvoi concerne la *Loi sur le divorce*, j'utiliserai l'expression retenue dans cette loi, c'est-à-dire « intérêt de l'enfant ». Par souci d'uniformité, j'utiliserai également cette expression lorsque je mentionnerai ce principe de façon générale dans la version française de mes motifs.

to retroactively reduce or rescind arrears, a confusion that has persisted since this Court's landmark decision in *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231. In that case, the Court considered the principles and competing interests underlying recipients' applications for retroactive child support. The Court is now asked to clarify the principles which guide the exercise of judicial discretion where a payor seeks to retroactively decrease support to reflect a past reduction in income. The courts have and need wide discretion to vary child support orders to ensure the correct amount of child support is being paid and to adapt to the enormous diversity of individual circumstances that families face. There is, however, a pressing need for clear statements about what must be established before a court will retroactively decrease the amount owing under an existing child support order.

[4] The applicable framework must give effect to the objectives and provisions of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("*Guidelines*"), particularly the core objective of safeguarding the child's right to a "fair standard of support" (s. 1). Retroactive variation applications also require courts to weigh the certainty and predictability provided by an existing court order against the need for flexibility in a system that ties support to fluctuating payor income. The framework set out below balances these interests in a way that incentivizes payment of the right amount of child support when it is due and the timely disclosure of financial information — the linchpin of a just and effective family law system. Rules which create perverse incentives to ignore or postpone parental support obligations are to be firmly rejected in favour of legal standards designed with the fundamental purposes of child support in mind.

aux demandes fondées sur l'art. 17 sollicitant la réduction rétroactive ou l'annulation de l'arriéré, confusion qui persiste depuis l'arrêt de principe de la Cour *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231. Dans cette affaire, la Cour a examiné les principes et les intérêts concurrents qui sous-tendent les demandes de pension alimentaire rétroactive pour enfants présentées par un parent créancier. En l'espèce, notre Cour est appelée à clarifier les principes qui guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges lorsque le parent débiteur cherche à réduire rétroactivement la pension alimentaire afin qu'elle rende compte d'une diminution antérieure de revenu. Les tribunaux ont — et doivent avoir — un large pouvoir discrétionnaire pour modifier les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de faire en sorte que le juste montant de pension alimentaire soit payé et de s'adapter à l'énorme diversité de situations particulières dans lesquelles les familles peuvent se trouver. Toutefois, il est urgent d'énoncer clairement ce qui doit être établi avant qu'un tribunal puisse réduire rétroactivement le montant dû au titre d'une ordonnance alimentaire existante au profit d'un enfant.

[4] Le cadre d'analyse applicable doit donner effet aux objectifs et aux dispositions des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »), particulièrement à l'objectif fondamental de protéger le droit de l'enfant à des « normes équitables en matière de soutien alimentaire » (art. 1). Les demandes de modification rétroactive obligent en outre les tribunaux à soupeser la certitude et la prévisibilité que procure une ordonnance judiciaire existante par rapport au besoin de souplesse dans un système qui rattache la pension alimentaire au revenu fluctuant du parent débiteur. Le cadre d'analyse exposé ci-après met en balance ces intérêts d'une manière qui incite au paiement du juste montant de la pension alimentaire pour enfants lorsqu'elle est due, et à la communication en temps utile des renseignements financiers — la pierre angulaire d'un régime de droit de la famille juste et efficace. Les règles qui auraient pour effet indésirable d'inciter un parent à faire fi de ses obligations alimentaires, ou à en retarder l'exécution, doivent être fermement rejetées en faveur de normes juridiques visant les finalités fondamentales des prestations alimentaires pour enfants.

[5] The controversy between the parties centres on whether the framework for retroactive decreases under s. 17 should reflect the flexible and discretionary approach applied to retroactive increases in *D.B.S.* With certain modifications, I conclude that it should. A payor who has established a past decrease in income is not automatically entitled to a retroactive decrease of support back to the date of the decrease, as suggested by the motion judge in this case. The overall decision is a discretionary one.

[6] As I will explain further, the court's discretion is structured by a presumption in favour of retroactively decreasing support to the date the payor gave the recipient effective notice of an intention to seek a downward adjustment of the child support obligation, up to three years before formal notice is given of an application to vary under s. 17. This presumption is triggered as soon as a past material change in circumstances is established — it is no longer necessary to first ask whether retroactive relief is generally appropriate before moving to the question of how far back retroactive relief should extend. Discretionary factors parallel to those considered in *D.B.S.* may justify departing from the presumptive date in favour of a longer or shorter period of retroactivity. For consistency, this presumption-based approach should be mirrored where the recipient seeks a retroactive increase. Once a past material change in income is established, a presumption is triggered in favour of retroactively increasing support to a certain date, with the *D.B.S.* factors guiding the court's exercise of discretion in deciding whether to depart from that date.

[7] Given the informational asymmetry between the parties, a payor's success in obtaining a retroactive decrease will depend largely on the payor's

[5] Le différend qui oppose les parties porte sur la question de savoir si le cadre d'analyse applicable aux réductions rétroactives au titre de l'art. 17 doit correspondre à l'approche souple et discrétionnaire appliquée aux augmentations rétroactives dans l'arrêt *D.B.S.* Sous réserve de certaines modifications, je conclus que tel devrait être le cas. Le parent débiteur qui a établi une diminution passée de son revenu n'a pas automatiquement droit à une réduction rétroactive de la pension alimentaire remontant à la date de cette diminution, comme l'a laissé entendre le juge de la motion en l'espèce. La décision globale est de nature discrétionnaire.

[6] Comme je l'expliquerai plus en détail, le pouvoir discrétionnaire du tribunal s'articule autour d'une présomption en faveur d'une réduction rétroactive de la pension alimentaire remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier de son intention de demander un rajustement à la baisse de l'obligation alimentaire envers l'enfant, jusqu'à trois ans avant la présentation d'un avis formel d'une demande de modification fondée sur l'art. 17. Cette présomption s'applique dès qu'un changement important antérieur de la situation est établi — il n'est plus nécessaire de se demander d'abord si la réparation rétroactive convient de façon générale avant de passer à la question de savoir jusqu'à quelle date devrait remonter cette réparation. Des facteurs discrétionnaires qui correspondent à ceux examinés dans l'arrêt *D.B.S.* peuvent justifier que l'on déroge à la date à laquelle la rétroactivité est censée remonter pour lui préférer une période de rétroactivité plus longue ou plus courte. Par souci de cohérence, cette approche fondée sur la présomption doit s'appliquer de la même façon lorsque le parent créancier sollicite une augmentation rétroactive. Dès qu'une modification importante antérieure du revenu est établie, une présomption s'applique en faveur de l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire remontant à une certaine date, et les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* guident la décision du tribunal, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de déroger ou non à cette date.

[7] En raison de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties, l'obtention par le parent débiteur d'une réduction rétroactive dépendra en

financial disclosure and communication. Indeed, effective notice in this context is only “effective” when there has been disclosure of the changed financial circumstances. At the stage of considering the *D.B.S.* factors, disclosure will once again be a key consideration in assessing whether the payor’s conduct operates to shorten or lengthen the presumptive period of retroactivity.

[8] In the courts below, it appears Mr. Colucci also sought rescission of all or part of his arrears on the basis of a current and ongoing inability to pay. Applications of this kind require a different analysis. In these cases, the court order or agreement reflects the correct amount of child support owing, but the payor has failed to keep up with payments as they fell due. The payor subsequently asks the court to forgive all or part of the accrued debt because of present financial hardship. When the arrears reflect the amount that ought to have been paid, the payor cannot rely on a past decrease in income to explain why there are arrears. In these cases, there is a presumption against rescinding any part of the arrears, as courts have a range of other remedial options. Rescission sits at the far end of the range because it wipes out a legally recognized debt. As such, rescission is only appropriate in exceptional circumstances. Such circumstances may arise where full disclosure of the payor’s financial circumstances shows that the payor is unable to pay the arrears and will be unable to pay in the future, even with a flexible payment plan.

[9] In these reasons, I will set out the foundational principles established by the *Guidelines* and *D.B.S.*, followed by a discussion of the centrality of financial disclosure to the child support regime. Against this backdrop, I will explain the framework courts ought to apply to determine when to retroactively reduce child support under s. 17 of the *Divorce Act*. In doing so, I will reconcile the divergent lines of authority on the applicability of the contextual *D.B.S.* factors. Finally, I will set out the analysis that applies where

grande partie de la communication de ses renseignements financiers. De fait, l’information réelle dans ce contexte n’est « réelle » que s’il y a eu communication de la nouvelle situation financière. À l’étape de l’examen des facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.*, la communication sera encore une fois une considération essentielle pour établir si le comportement du parent débiteur a pour effet de raccourcir ou d’allonger la période de rétroactivité présumée.

[8] Devant les juridictions inférieures, M. Colucci a aussi sollicité l’annulation de l’arriéré ou d’une partie de celui-ci en invoquant une incapacité actuelle et continue de payer. Ce type de demande commande une analyse différente. Dans ces cas, l’ordonnance du tribunal ou l’entente correspond au juste montant de la pension alimentaire due, mais le parent débiteur a omis de payer les versements à échéance. Le parent débiteur demande par la suite au tribunal de lui faire grâce de la totalité ou d’une partie de la dette accumulée en raison de difficultés financières actuelles. Lorsque l’arriéré correspond au montant qui aurait dû être payé, le parent débiteur ne peut s’appuyer sur une baisse de revenu antérieure pour expliquer la raison d’être de l’arriéré. Dans ces cas, il existe une présomption contre l’annulation de toute partie de l’arriéré, puisque les tribunaux disposent d’autres possibilités de réparation. L’annulation se situe à une extrémité du continuum de ces possibilités, parce qu’elle élimine une dette juridiquement reconnue. Par conséquent, l’annulation ne convient que dans des situations exceptionnelles. Une telle situation peut se présenter lorsque la communication complète de la situation financière du parent débiteur montre que celui-ci est incapable de payer l’arriéré et qu’il sera incapable de le payer dans l’avenir, même avec des modalités de paiement souples.

[9] Dans les présents motifs, j’énoncerai les principes fondamentaux établis dans les *Lignes directrices* et dans l’arrêt *D.B.S.*, après quoi je traiterai du caractère central que revêt la communication des renseignements financiers dans le régime de soutien alimentaire des enfants. Dans ce contexte, j’expliquerai le cadre d’analyse que devraient appliquer les tribunaux pour déterminer dans quelles situations il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire pour enfants en vertu de l’art. 17 de la *Loi*

the payor seeks rescission of arrears based on current inability to pay rather than a past change in circumstances. Applying the framework to the facts of this case, there is no reason for this Court to intervene to reduce or forgive the debt accrued under the existing child support order. I would dismiss Mr. Colucci's appeal.

## II. Background

[10] In 2016, Mr. Colucci applied to retroactively reduce child support and rescind arrears totalling approximately \$170,000 at the time of the application.

[11] The parties were married in 1983 and divorced in 1996. The order of McMahon J., dated May 13, 1996 ("Divorce Order"), made on consent, provided that Ms. Colucci would have sole custody of the parties' two daughters, aged 8 and 6 at the time, and required Mr. Colucci to pay child support of \$115 per week per child (indexed) until they were no longer "child[ren] of the marriage". The record does not show what Mr. Colucci's income was at the time of the order, but the amount of child support was negotiated taking into account that Ms. Colucci forewent any claim to spousal support. One year after the order was made, the *Guidelines* came into force.

[12] In April 1998, Mr. Colucci contacted Ms. Colucci through counsel to request a reduction in his child support obligations on the basis of a decrease in his income. He provided no financial disclosure to support his request and the parties reached no agreement at that time. Mr. Colucci's child support obligations ended in 2012, when the daughters were no longer children of the marriage. After that time, no further support payments accrued. Until he

*sur le divorce*. Ce faisant, je concilierai les courants jurisprudentiels divergents portant sur l'applicabilité des facteurs contextuels établis dans l'arrêt *D.B.S.* Enfin, j'énoncerai l'analyse qui s'applique lorsque le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en invoquant l'incapacité actuelle de payer plutôt qu'un changement de situation antérieur. Si l'on applique le cadre d'analyse aux faits de l'espèce, aucune raison ne justifie une intervention de notre Cour pour réduire ou remettre la dette accumulée au titre de l'ordonnance alimentaire existante au profit des enfants. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Colucci.

## II. Contexte

[10] En 2016, M. Colucci a demandé la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré totalisant environ 170 000 \$ au moment de la demande.

[11] Les parties se sont mariées en 1983 et ont divorcé en 1996. L'ordonnance du juge McMahon, datée du 13 mai 1996 (« ordonnance de divorce »), prononcée sur consentement, accordait à M<sup>me</sup> Colucci la garde exclusive des deux filles des parties, âgées de 8 et de 6 ans à l'époque, et exigeait que M. Colucci verse une pension alimentaire pour enfants de 115 \$ par semaine, par enfant (indexée), jusqu'à ce qu'elles ne soient plus [TRADUCTION] « des enfants à charge ». Le dossier ne fait pas état du revenu de M. Colucci au moment du prononcé de l'ordonnance, mais le montant de la pension alimentaire pour enfants a été négocié en tenant compte du fait que M<sup>me</sup> Colucci renonçait à réclamer une pension alimentaire pour époux. Un an après le prononcé de l'ordonnance, les *Lignes directrices* sont entrées en vigueur.

[12] En avril 1998, M. Colucci a communiqué avec M<sup>me</sup> Colucci par l'entremise de son avocat pour demander une réduction de ses obligations alimentaires envers les enfants en raison d'une diminution de son revenu. Il n'a communiqué aucun renseignement financier au soutien de sa demande et les parties ne sont pas parvenues à une entente à ce moment. Les obligations alimentaires de M. Colucci envers les enfants ont pris fin en 2012, lorsque les filles

brought this application in 2016, Mr. Colucci took no further steps to vary the Divorce Order.

[13] From 1998 to 2012, the period during which arrears accrued, Mr. Colucci was absent from the children’s lives and his whereabouts were unknown to Ms. Colucci and the children. He made no voluntary child support payments and the Family Responsibility Office (“FRO”) was only able to collect limited sums through enforcement mechanisms from 1998 to 2016. Enforcement action taken by the FRO includes garnishment of Mr. Colucci’s Workplace Safety and Insurance Board payments and federal income tax refunds, the suspension of his driver’s license and Canadian passport, the issuance of a writ of seizure and sale, and reporting to the credit bureau.

[14] Mr. Colucci commenced a motion to change in November 2016. He sought orders retroactively varying child support to the date the *Guidelines* came into force (May 1, 1997) and “[f]ixing the arrears of child support if any and determining the payments on those arrears in accordance with [his] income” (A.R., vol. II, at p. 4). He also asked that “any arrears of support . . . not only be fixed but that the payments on those arrears be fixed in accordance with [his] ability to pay” (p. 10).

[15] In the course of these proceedings, Mr. Colucci eventually disclosed where he had been all these years. He said he moved to the United States in 2000 and worked there until 2005. He claims he earned approximately USD 25,000 annually during those years. In 2005, he returned to Italy to care for his mother until her death in 2008. From 2005 to 2008, he states that he made between €3,000 and €4,000 per year, with the exception of 2007, when he made €19,000. Soon after his mother’s death, he received

ont cessé d’être des enfants à charge. À partir de ce moment, aucun autre montant au titre de cette pension alimentaire ne s’est accumulé. Jusqu’à ce qu’il présente sa demande en 2016, M. Colucci n’avait fait aucune autre démarche pour modifier l’ordonnance de divorce.

[13] De 1998 à 2012, la période pendant laquelle l’arriéré s’accumulait, M. Colucci était absent de la vie des enfants, et ceux-ci tout comme M<sup>me</sup> Colucci ignoraient où il se trouvait. Il n’a fait aucun paiement volontaire de pension alimentaire pour enfants et le Bureau des obligations familiales (« BOF ») n’a pu percevoir que des sommes limitées au moyen de mécanismes d’exécution de 1998 à 2016. Les mesures d’exécution prises par le BOF comprenaient la saisie-arrêt des prestations de la Commission de la sécurité professionnelle et de l’assurance contre les accidents du travail et des remboursements d’impôt sur le revenu fédéral de M. Colucci, la suspension de son permis de conduire et de son passeport canadien, la délivrance d’un bref de saisie-exécution et le signalement à l’agence d’évaluation du crédit.

[14] En novembre 2016, M. Colucci a présenté une motion en modification. Il a sollicité des ordonnances modifiant rétroactivement la pension alimentaire pour enfants à la date d’entrée en vigueur des *Lignes directrices* (le 1<sup>er</sup> mai 1997) et [TRADUCTION] « [f]ixant l’arriéré de la pension alimentaire pour enfants, s’il en est, et déterminant les versements imputables à cet arriéré en fonction de [son] revenu » (d.a., vol. II, p. 4). Il a en outre demandé que « tout arriéré de pension alimentaire [. . .] soit non seulement fixé, mais que les versements imputables à cet arriéré soient fixés en fonction de [sa] capacité de payer » (p. 10).

[15] Au cours de l’instance, M. Colucci a finalement révélé où il était pendant toutes ces années. Il a dit avoir déménagé aux États-Unis en 2000 et y avoir travaillé jusqu’en 2005. Il affirme avoir gagné environ 25 000 \$ US annuellement durant ces années. En 2005, il est retourné en Italie pour prendre soin de sa mère jusqu’au décès de celle-ci en 2008. Il déclare avoir gagné, de 2005 à 2008, entre 3 000 € et 4 000 € par année, à l’exception de 2007, où il a gagné 19 000 €. Peu de temps après le décès de sa

an inheritance of €15,000. He said he lived on these funds until 2016, when he returned to Canada. In 2016, Mr. Colucci received an additional €15,000 from the sale of his mother’s property. He is entitled to a further €15,000 from the sale, which he was scheduled to receive on August 31, 2019.

[16] Mr. Colucci provided little documentation or financial disclosure to support these claims. He relied largely on unsubstantiated assertions in his affidavit about where he worked and how much he was paid, making it extremely difficult to accurately determine his income for the relevant years. Mr. Colucci claims he is unable to provide tax returns for the years 2000 to 2015. He says he cannot obtain tax returns from the Internal Revenue Service for the years he worked in the United States, in part because “[h]e does not have a Canadian passport . . . and may be denied re-entry” if he attends in person to obtain the returns (A.R., vol. II, at p. 59). He claims he worked for cash only between 2007 and 2015 and “did not file any income tax returns” (*ibid.*). Mr. Colucci offers no other explanation for the absence of tax returns for these years. He explained that he did not file a tax return in 2017 because he did not want the authorities to garnish his tax refund.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 6627 (Hockin J.)*

[17] In brief reasons, the motion judge held that a material change in circumstances occurred when the *Guidelines* were adopted in May 1997, entitling Mr. Colucci to a retroactive adjustment of his child support obligation from that date forward. The motion judge relied on principles from *Corcios v. Burgos*, 2011 ONSC 3326, at para. 40 (CanLII), to impute income to Mr. Colucci based on Ontario’s minimum wage for the two years before he went to the U.S. and six of the years he spent in Italy.

mère, il a reçu la somme de 15 000 € en héritage. Il dit avoir utilisé ces fonds pour subvenir à ses besoins jusqu’en 2016, année où il est rentré au Canada. En 2016, M. Colucci a reçu une somme additionnelle de 15 000 € provenant de la vente de la maison de sa mère. Il a droit à une autre somme de 15 000 € de la vente, qu’il devait recevoir le 31 août 2019.

[16] Monsieur Colucci a fourni peu de documents ou de renseignements financiers au soutien de ces allégations. Dans son affidavit, il s’est appuyé en grande partie sur des affirmations non corroborées concernant les endroits où il a travaillé et sa rémunération, ce qui rend extrêmement difficile la tâche de déterminer avec exactitude son revenu pour les années pertinentes. Monsieur Colucci affirme être incapable de fournir des déclarations de revenus pour les années 2000 à 2015. Il dit ne pas pouvoir obtenir de déclarations de revenus de l’Internal Revenue Service pour les années où il travaillait aux États-Unis, en partie parce qu’il [TRADUCTION] « n’a pas de passeport canadien [. . .] et pourrait être interdit de retour » s’il se rend en personne pour obtenir les déclarations (d.a., vol. II, p. 59). Il dit avoir seulement été rémunéré en espèces pour son travail effectué entre 2007 et 2015 et « ne pas avoir produit de déclaration de revenus » (*ibid.*). Monsieur Colucci n’offre aucune autre explication justifiant l’absence de déclarations de revenus pour ces années. Il explique ne pas avoir produit de déclaration de revenus en 2017 parce qu’il ne voulait pas que les autorités effectuent une saisie-arrêt de son remboursement d’impôt.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2018 ONSC 6627 (le juge Hockin)*

[17] Dans de brefs motifs, le juge de la motion a statué qu’il y avait eu un changement de situation important lorsque les *Lignes directrices* ont été adoptées en mai 1997, donnant à M. Colucci le droit à un rajustement rétroactif de son obligation alimentaire envers les enfants à compter de cette date. Le juge de la motion s’est appuyé sur les principes tirés de la décision *Corcios c. Burgos*, 2011 ONSC 3326, par. 40 (CanLII), pour attribuer à M. Colucci un revenu en fonction du salaire minimum de l’Ontario

However, the motion judge did not apply the factors set out in *Corcios* for assessing whether a reduction of arrears is warranted.

[18] After finding a material change in circumstances, the motion judge simply completed a mathematical calculation. Based on the income attributed to Mr. Colucci for the years 1997 to 2012, the motion judge retroactively reduced Mr. Colucci's child support obligations, effectively reducing the arrears owing from approximately \$170,000 to \$41,642. The motion judge found that this variation was warranted in order to bring the child support arrears in line with the principles stemming from the *Guidelines*, in particular the table amounts (which were implemented one year after the Divorce Order), and to reflect changes in Mr. Colucci's drop in income over the period when the arrears were accruing (paras. 14-15).

[19] Prospective payments against the arrears were fixed at \$425 per month based on Mr. Colucci's asserted current income. Mr. Colucci was also ordered to pay Ms. Colucci €15,000 upon receiving the funds from the sale of his mother's house. He was scheduled to receive the funds on August 31, 2019. As of the date of the hearing before this Court, this amount had yet to be paid to Ms. Colucci.

[20] The motion judge made no reference to the *D.B.S.* factors, referring to *D.B.S.* only to note that "the so-called [three-year] rule does not apply" (para. 20). The "three-year rule" is a presumption established in *D.B.S.* that a retroactive increase in support should extend no more than three years before the recipient gave formal notice of the application to vary under s. 17 of the *Divorce Act*. The motion judge added that

[t]his is not a retroactive support order but a case where arrears have accumulated and require adjustment. In any

pour les deux années ayant précédé son départ vers les États-Unis et pour six des années qu'il avait passées en Italie. Cependant, le juge de la motion n'a pas appliqué les facteurs énoncés dans la décision *Corcios* pour déterminer si une réduction de l'arriéré était justifiée.

[18] Après avoir conclu à un changement de situation important, le juge de la motion a simplement effectué un calcul mathématique. En fonction du revenu attribué à M. Colucci pour les années 1997 à 2012, le juge de la motion a rétroactivement réduit les obligations alimentaires de M. Colucci envers ses enfants, réduisant de fait l'arriéré dû, le faisant passer d'environ 170 000 \$ à 41 642 \$. Le juge de la motion a conclu que cette modification était justifiée afin d'harmoniser l'arriéré de pension alimentaire pour enfants avec les principes découlant des *Lignes directrices*, en particulier les montants figurant dans les tables (qui ont été mis en œuvre un an après l'ordonnance de divorce), et afin de refléter les changements, soit la baisse de revenu de M. Colucci, au cours de la période où l'arriéré s'accumulait (par. 14-15).

[19] Les versements prospectifs imputables à l'arriéré ont été fixés à 425 \$ par mois en fonction du revenu actuel déclaré de M. Colucci. Celui-ci a en outre été condamné à payer à M<sup>me</sup> Colucci la somme de 15 000 € dès la réception du produit de la vente de la maison de sa mère. Il devait recevoir l'argent le 31 août 2019. À la date de l'audience devant la Cour, ce montant n'avait pas encore été payé à M<sup>me</sup> Colucci.

[20] Le juge de la motion n'a pas fait mention des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.*, renvoyant à cet arrêt seulement pour souligner que [TRADUCTION] « la règle dite [des trois ans] ne s'applique pas » (par. 20). Cette règle est une présomption établie dans l'arrêt *D.B.S.* portant qu'une augmentation rétroactive de la pension alimentaire ne doit pas remonter à plus de trois ans avant que le parent créancier ait donné un avis formel de la demande de modification fondée sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Le juge de la motion a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une ordonnance alimentaire rétroactive, mais d'un cas où l'arriéré s'est accumulé



event, it would be wrong to limit the calculation in view of [Mr. Colucci's] delinquency. [para. 20]

B. *Court of Appeal, 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259 (Brown, Roberts and Zarnett J.J.A.)*

[21] Ms. Colucci appealed the motion judge's order on three grounds: (1) the motion judge failed to apply the principles on retroactive variation from *D.B.S. and Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201, in order to evaluate whether it was appropriate to reduce the arrears in this case; (2) the motion judge failed to apply the three-year rule; and (3) the motion judge incorrectly imputed income to Mr. Colucci (para. 13).

[22] Speaking for the court, Roberts J.A. found that, while the enactment of the *Guidelines* constituted a change in circumstances, the motion judge erred in concluding that Mr. Colucci was entitled to a retroactive variation extending back to 1997 "as of right" (para. 14). The motion judge also erred in distinguishing *D.B.S.* and failing to follow *Gray*. Roberts J.A. stated:

While [*D.B.S.*] involved an application for a retroactive increase in support, the factors articulated by the Supreme Court were intended to serve as general principles applicable, with appropriate adaptation, to retroactive support variations that would decrease the quantum of child support. [para. 15]

[23] In line with these remarks, the Ontario Court of Appeal in *Gray* adapted the four *D.B.S.* factors to applications to reduce or rescind child support arrears, along with the rule that variation should extend to the date of effective notice unless that date is more than three years before formal notice (paras. 15-18).

[24] Roberts J.A. noted that, given Mr. Colucci's failure to make full and accurate financial disclosure,

et doit être rajusté. Quoi qu'il en soit, il serait erroné de limiter le calcul eu égard à la défaillance de [M. Colucci]. [par. 20]

B. *Cour d'appel, 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259 (les juges Brown, Roberts et Zarnett)*

[21] Madame Colucci a interjeté appel de l'ordonnance du juge de la motion en invoquant trois moyens : (1) le juge de la motion n'aurait pas appliqué les principes relatifs à la modification rétroactive établis dans les décisions *D.B.S.* et *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201, afin d'évaluer l'opportunité de réduire l'arriéré en l'espèce; (2) le juge de la motion n'aurait pas appliqué la règle des trois ans; et (3) le juge de la motion aurait attribué à tort un revenu à M. Colucci (par. 13).

[22] Au nom de la cour, la juge Roberts a conclu que même si l'adoption des *Lignes directrices* constituait un changement de situation, le juge de la motion avait eu tort de conclure que M. Colucci avait droit à une modification rétroactive remontant à 1997 [TRADUCTION] « de plein droit » (par. 14). Le juge de la motion a aussi eu tort de distinguer la présente affaire de l'arrêt *D.B.S.* et de ne pas suivre l'arrêt *Gray*. La juge Roberts a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Alors que l'arrêt [*D.B.S.*] portait sur une demande d'augmentation rétroactive de la pension alimentaire, les facteurs formulés par la Cour suprême étaient censés servir de principes généraux applicables, avec les adaptations qui s'imposent, aux modifications rétroactives de la pension alimentaire qui réduiraient le montant de la pension alimentaire pour enfants. [par. 15]

[23] Conformément à ces observations, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Gray*, a adapté les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* aux demandes de réduction ou d'annulation de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants, ainsi que la règle selon laquelle la modification doit remonter à la date de l'information réelle, à moins que cette date remonte à plus de trois ans avant l'avis formel (par. 15-18).

[24] La juge Roberts a fait remarquer que, étant donné que M. Colucci n'avait pas communiqué les

the court was unable to determine whether he sought relief based on a current inability to pay the arrears or a change in financial circumstances that affected his ability to meet his obligations as they came due. However, the outcome is the same in either scenario (para. 28).

[25] With respect to the second scenario of changed circumstances based on decreased income, the motion judge ought to have applied the *Corcios/Gray* factors (C.A. reasons, at paras. 22-23). Applying those factors, the Court of Appeal found that Mr. Colucci failed to “discharg[e] his onus to explain his significant failure to make support payments and his extraordinary delay in proceeding with his application to vary” (para. 31). His blameworthy conduct as a “recalcitrant payor” (para. 30) and in failing to produce documents and misrepresenting his mother’s estate, along with hardship experienced by his daughters (including considerable student debt), militated against varying the child support order more than three years from the date of effective notice, that is November 17, 2016, the commencement of the motion to change (paras. 27-32). As this date does not affect the amount of the accumulated arrears to 2012, no reduction in arrears was allowed (paras. 34-36).

[26] Further, the Court of Appeal noted that Mr. Colucci was in breach of his ongoing requirement to make full documentary and financial disclosure (at para. 32) and had failed to produce any reliable evidence of his inability to pay while arrears were accumulating (para. 31).

#### IV. Issues

[27] This appeal raises two questions: first, what is the appropriate framework for deciding applications to retroactively reduce child support under s. 17 of

renseignements financiers complets et exacts, la cour n’était pas en mesure de déterminer s’il sollicitait une réparation sur le fondement de son incapacité actuelle de payer l’arriéré ou sur le fondement d’un changement de situation financière ayant une incidence sur sa capacité de s’acquitter de ses obligations à leur échéance. Toutefois, le résultat est le même dans les deux scénarios (par. 28).

[25] En ce qui concerne le deuxième scénario, soit celui de la nouvelle situation en raison du revenu moindre, le juge de la motion aurait dû appliquer les facteurs énoncés dans les décisions *Corcios/Gray* (motifs de la C.A., par. 22-23). Appliquant ces facteurs, la Cour d’appel a conclu que M. Colucci ne s’était pas [TRADUCTION] « acquitté de son fardeau d’expliquer son omission importante de verser la pension alimentaire ainsi que le temps extraordinairement long qu’il a mis avant de présenter sa demande de modification » (par. 31). Sa conduite répréhensible de « parent débiteur récalcitrant » (par. 30) et le fait d’avoir omis de produire des documents et présenté de façon inexacte la succession de sa mère, en plus des difficultés vécues par ses filles (y compris une dette d’études considérable), militaient contre la modification de l’ordonnance alimentaire pour enfants remontant à plus de trois ans de la date de l’information réelle, c’est-à-dire le 17 novembre 2016, date de présentation de la motion en modification (par. 27-32). Comme cette date n’a aucune incidence sur le montant de l’arriéré accumulé jusqu’en 2012, aucune réduction de l’arriéré n’a été autorisée (par. 34-36).

[26] De plus, la Cour d’appel a souligné que M. Colucci avait manqué à son obligation continue de communiquer l’intégralité des documents et des renseignements financiers (par. 32) et avait omis de produire des éléments de preuve fiables de son incapacité de payer pendant que l’arriéré s’accumulait (par. 31).

#### IV. Questions en litige

[27] Le présent pourvoi soulève deux questions : premièrement, quel est le cadre d’analyse qui permet de trancher les demandes sollicitant la réduction

the *Divorce Act*, and second, what is the appropriate framework where the payor parent seeks to rescind child support arrears under s. 17 based on current and ongoing inability to pay?

## V. Analysis

[28] While children should be shielded from the economic consequences of divorce to the fullest extent possible, the federal child support regime contemplates that the family as a whole — including the child — will share the rising and falling fortunes of the payor parent, just as they would have before the separation. Because child support under the *Divorce Act* is tied to payor income and income tends to fluctuate, a child support order or agreement reflects a snapshot in time and is never final (*D.B.S.*, at para. 64; *D.B.S. v. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60 (“*D.B.S. (C.A.)*”), at para. 100; *Brear v. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 20, per Pentelechuk J.A.). Various legal, administrative and consent-based mechanisms exist to periodically change child support orders to bring them in line with financial realities.

[29] Section 17 of the *Divorce Act* is one such mechanism. It provides that, on application, a court “may make an order varying, rescinding or suspending, retroactively or prospectively, a support order or any provision of one” (s. 17(1)(a)). As the wording indicates, s. 17 confers wide discretion on the judge, who “may” — but is not required to — vary, rescind, or suspend an order into the future, the past, or both. The *Divorce Act* expressly confers such broad powers because wide judicial discretion is necessary to respond to the multiplicity of factual situations produced by human behaviour.

rétroactive d’une pension alimentaire pour enfants en application de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* et, deuxièmement, quel est le cadre d’analyse qu’il convient d’appliquer lorsque le parent débiteur sollicite l’annulation de l’arriéré d’une pension alimentaire pour enfants en application de l’art. 17 sur le fondement d’une incapacité de payer actuelle et continue?

## V. Analyse

[28] Bien que les enfants doivent autant que possible être mis à l’abri des conséquences économiques d’un divorce, le régime fédéral des pensions alimentaires pour enfants prévoit que la famille dans son ensemble — y compris l’enfant — partagera les hauts et les bas du revenu du parent débiteur, tout comme elle le faisait avant la séparation. Parce que la pension alimentaire pour enfants versée en application de la *Loi sur le divorce* est liée au revenu du parent débiteur et que le revenu tend à fluctuer, une ordonnance ou une entente alimentaire au profit d’un enfant tient compte de la situation précise existant au moment où elle est rendue et n’est jamais définitive (*D.B.S.*, par. 64; *D.B.S. c. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60 (« *D.B.S. (C.A.)* »), par. 100; *Brear c. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1, par. 20, la juge Pentelechuk). Il existe divers mécanismes juridiques, administratifs et axés sur le consentement servant à modifier périodiquement les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de les faire concorder aux réalités financières.

[29] L’article 17 de la *Loi sur le divorce* est l’un de ces mécanismes. Il prévoit qu’un tribunal, sur demande, « peut rendre une ordonnance qui modifie, annule ou suspend, rétroactivement ou pour l’avenir, une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions » (al. 17(1)a)). Comme l’indique le libellé, l’art. 17 confère un large pouvoir discrétionnaire au juge qui « peut » — sans y être tenu — modifier, annuler ou suspendre une ordonnance pour l’avenir, le passé ou les deux. La *Loi sur le divorce* confère expressément d’aussi larges pouvoirs parce que les tribunaux ont besoin d’un vaste pouvoir discrétionnaire pour répondre à la multiplicité de situations factuelles produites par le comportement humain.

[30] Experience teaches that there are three main categories of claims for retroactive relief under s. 17, each with its own particular set of considerations:

1. The recipient seeks to retroactively increase support because of a past change in circumstances, with the change usually being an increase in the payor's income. In such circumstances, the existing order or agreement underestimates the payor's income.
2. The payor seeks a retroactive decrease in support because of a past change in circumstances. The paradigmatic change is a drop in income that impacts the payor's ability to make payments as they come due. In such circumstances, the existing order or agreement overestimates the payor's income.
3. The payor seeks to rescind or suspend arrears because of current and future inability to pay rather than a past change in circumstances.

[31] Mr. Colucci seeks two forms of relief under s. 17. He invokes the second category when he asks this Court to go back to the date the *Guidelines* came into force in 1997 and reduce his support obligation to correspond to what he says his income was for each of the years during which child support was payable, up until 2012. In his motion to change and before the Court of Appeal, it appears that he also sought to rescind all or some of what he ought to have paid because he says he is unable to pay even a reduced amount. This falls within the third category of cases.

[32] In this section, I start by setting out the basic principles of child support law established in the *Guidelines* and *D.B.S.*, which must underpin and inform the courts' approach to variation of child support and rescission of arrears. It will become clear from this discussion that the linchpin holding the

[30] L'expérience nous enseigne qu'il y a trois principales catégories de demandes de réparation rétroactive en application de l'art. 17, dont chacune possède son propre ensemble de considérations :

1. Le parent créancier demande une augmentation rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement de situation antérieur, celui-ci étant habituellement une augmentation du revenu du parent débiteur. Dans de telles situations, le revenu du parent débiteur est sous-estimé dans l'ordonnance ou l'entente existante.
2. Le parent débiteur demande une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement de situation antérieur. Le changement typique est une diminution du revenu qui a une incidence sur la capacité du parent débiteur de faire les versements à échéance. Dans de telles situations, le revenu du parent débiteur est surestimé dans l'ordonnance ou l'entente.
3. Le parent débiteur demande l'annulation ou la suspension de l'arriéré en raison d'une incapacité actuelle et future de payer, plutôt que d'un changement de situation antérieur.

[31] Monsieur Colucci sollicite deux formes de réparation en vertu de l'art. 17. Il invoque la deuxième catégorie lorsqu'il demande à la Cour de remonter à la date d'entrée en vigueur des *Lignes directrices* en 1997 et de réduire son obligation alimentaire pour qu'elle corresponde au revenu qu'il affirme avoir touché pour chacune des années pendant lesquelles la pension alimentaire pour enfants était payable, jusqu'en 2012. Dans sa motion en modification et devant la Cour d'appel, il semble aussi avoir sollicité l'annulation de la totalité ou d'une partie du montant qu'il aurait dû payer parce que selon lui, il est incapable de payer ne serait-ce qu'un montant réduit. Cette demande fait partie de la troisième catégorie de cas.

[32] Dans la présente partie, je commence par énoncer les principes fondamentaux du droit en matière de soutien alimentaire au profit des enfants établis dans les *Lignes directrices* et dans l'arrêt *D.B.S.*, lesquels doivent sous-tendre et guider la manière dont les tribunaux abordent la modification de la

child support regime together is financial disclosure. As such, before turning to the applicable framework under s. 17, I will elaborate on the importance of disclosure, a theme that will run throughout the analysis that follows.

A. *Foundational Principles in the Guidelines and D.B.S.*

[33] Child support under the *Divorce Act* is determined in accordance with the *Guidelines*, which are legally binding as subordinate legislation enacted pursuant to s. 26.1 of the *Divorce Act*. The *Guidelines* establish the goals, principles and provisions which govern all child support applications and determinations under the *Divorce Act*. Section 1 of the *Guidelines* sets out four overarching objectives that must be borne in mind in any child support proceeding in which the *Guidelines* apply:

- (a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;
- (b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;
- (c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and
- (d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

[34] The enactment of the *Guidelines* in 1997 marked a paradigm shift in Canadian child support law away from a need-based approach to one which clearly established the child's entitlement to support

pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré. Il ressortira de cette analyse que la pierre angulaire du régime de pensions alimentaires pour enfants est la communication des renseignements financiers. Par conséquent, avant de passer au cadre d'analyse applicable en vertu de l'art. 17, j'examinerai l'importance de la communication, un sujet que l'on retrouvera tout au long de l'analyse qui suit.

A. *Principes fondamentaux des Lignes directrices et de l'arrêt D.B.S.*

[33] La pension alimentaire pour enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce* est déterminée conformément aux *Lignes directrices*, qui ont force obligatoire en tant que texte législatif subordonné pris en application de l'art. 26.1 de la *Loi sur le divorce*. Les *Lignes directrices* établissent les objectifs, les principes et les dispositions qui régissent toutes les demandes de pension alimentaire pour enfants et les jugements rendus en application de la *Loi sur le divorce* à ce chapitre. L'article premier des *Lignes directrices* énonce quatre objectifs prépondérants qu'il faut garder à l'esprit dans toute instance en matière de pension alimentaire pour enfants à laquelle s'appliquent les *Lignes directrices* :

- a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;
- b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;
- c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;
- d) assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

[34] L'adoption des *Lignes directrices* en 1997 représente une transformation du droit canadien en matière de soutien alimentaire pour enfants, lequel est passé d'une approche axée sur les besoins à une

commensurate with the payor's income (*D.B.S.*, at paras. 42-45). The *Guidelines* rest on the principle that "spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (*Divorce Act*, s. 26.1(2)). Section 3 of the *Guidelines* provides that the amount of child support is presumptively determined in accordance with the applicable table in Schedule I. Putting aside shared custody arrangements, the tables generally allow parents and courts to calculate the amount of child support owing based on just two numbers: the payor's income, and the number of children to be supported. (For s. 7 expenses under the *Guidelines*, the income of the recipient is also relevant.) The amount of child support is determined based solely on parental income and not the child's needs (unless the payor's income is over \$150,000) (s. 4).

[35] All provinces and territories have an equivalent to the *Guidelines* or have adopted the federal *Guidelines* for the purpose of determining child support under provincial family law legislation. Of course, the provinces are free to depart from the approach in the federal *Guidelines*, as child support that is not incidental to divorce falls within provincial competence (*D.B.S.*, at paras. 49 and 53).

[36] Building on the sea change initiated by the *Guidelines*, *D.B.S.* was a landmark decision in which the Court considered four cases involving applications by recipient parents for retroactive child support. The Court confirmed the long-established principles that support is the right of the child and that parents have a financial obligation to their children arising at birth and continuing after separation (*D.B.S.*, at paras. 37-38; see also *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.), at para. 15; *Hunt v. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238, at para. 17; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R.

approche établissant clairement le droit de l'enfant à des aliments à proportion du revenu du parent débiteur (*D.B.S.*, par. 42-45). Les *Lignes directrices* reposent sur le principe selon lequel « l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et [. . .] elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » (*Loi sur le divorce*, par. 26.1(2)). L'article 3 des *Lignes directrices* prévoit qu'en règle générale, le montant de la pension alimentaire pour enfants est déterminé conformément à la table applicable prévue à l'annexe I. Indépendamment des ententes de garde partagée, les tables permettent généralement aux parents et aux tribunaux de calculer le montant dû de la pension alimentaire pour enfants en fonction de deux chiffres seulement : le revenu du parent débiteur et le nombre d'enfants à charge. (En ce qui concerne les frais visés à l'art. 7 des *Lignes directrices*, le revenu du parent créancier est aussi pertinent.) Le montant de la pension alimentaire pour enfants est déterminé uniquement en fonction du revenu parental, et non des besoins de l'enfant (à moins que le revenu du parent débiteur soit supérieur à 150 000 \$) (art. 4).

[35] Toutes les provinces et tous les territoires ont un équivalent des *Lignes directrices* ou ont adopté les *Lignes directrices* fédérales permettant de déterminer la pension alimentaire pour enfants en application des textes législatifs provinciaux en matière de droit de la famille. Bien entendu, les provinces peuvent déroger à l'approche prévue dans les *Lignes directrices* fédérales, puisque la pension alimentaire pour enfants qui n'est pas accessoire au divorce relève de la compétence des provinces (*D.B.S.*, par. 49 et 53).

[36] Prenant comme point de départ le changement important qu'ont introduit les *Lignes directrices*, l'arrêt *D.B.S.* a été une décision de principe dans laquelle la Cour s'est penchée sur quatre cas où des parents créanciers avaient présenté une demande de pension alimentaire rétroactive pour enfants. La Cour a confirmé les principes établis depuis longtemps selon lesquels l'enfant a droit aux aliments et les parents ont une obligation financière envers leurs enfants dès la naissance, laquelle se poursuit après la séparation (*D.B.S.*, par. 37-38; voir aussi *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.), par. 15;

130 (C.A.), at p. 134). The Court also explained that, in the *Guidelines* era, the payor parent is always under a free-standing legal obligation — independent of any court order — to pay child support commensurate with income (*D.B.S.*, at para. 68).

[37] Prior to *D.B.S.*, some courts had yet to move away from the judicial reluctance to award retroactive support that characterized the pre-*Guidelines* era. In order to obtain retroactive support capturing the period before formal proceedings were commenced, the recipient parent generally had to show exceptional circumstances or, at the very least, “appropriate circumstances” (C. Davies, “Retroactive Child Support: the Alberta Trilogy” (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1, at p. 8; *Whitton v. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437, at para. 19). In *D.B.S.*, the Court took a decisive step into the *Guidelines* era by emphasizing that retroactive child support awards “cannot simply be regarded as exceptional orders to be made in exceptional circumstances” (para. 5). When the payor’s income rises but they continue to pay in accordance with an existing court order, they fall short of meeting the free-standing legal obligation to pay support commensurate with income. *D.B.S.* confirmed that a retroactive increase of support in such circumstances is therefore “not truly retroactive”; rather, it “enforce[s] an obligation that should have been fulfilled already” (paras. 67-68; see also para. 69).

[38] The majority in *D.B.S.* found that a retroactive increase in support will not always be appropriate (para. 95). The court must exercise its discretion to determine whether a retroactive award should be given at all, and how far back it should extend. Justice Bastarache set out four factors to guide the courts’ discretion: (a) the recipient’s delay in seeking retroactive support; (b) the payor’s conduct; (c) the

*Hunt c. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238, par. 17; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), p. 134). La Cour a expliqué en outre qu’à l’époque des *Lignes directrices*, le parent débiteur est toujours soumis à une obligation juridique indépendante de verser une pension alimentaire pour enfants proportionnelle à son revenu, et ce, indépendamment de toute ordonnance judiciaire (*D.B.S.*, par. 68).

[37] Avant l’arrêt *D.B.S.*, certains tribunaux n’avaient pas encore surmonté leur réticence à rendre une ordonnance alimentaire rétroactive, qui caractérisait l’époque antérieure aux *Lignes directrices*. Afin d’obtenir une pension alimentaire rétroactive pour la période précédant l’introduction de l’instance formelle, le parent créancier devait généralement faire la preuve de circonstances exceptionnelles ou, à tout le moins, démontrer qu’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « situation qui s’y prête » (C. Davies, « Retroactive Child Support : the Alberta Trilogy » (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1, p. 8; *Whitton c. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437, par. 19). Dans l’arrêt *D.B.S.*, la Cour a franchi une étape décisive dans l’époque des *Lignes directrices* en soulignant que l’ordonnance rétroactive de pension alimentaire pour enfants « ne peut [. . .] simplement être considérée comme une ordonnance exceptionnelle rendue dans des circonstances exceptionnelles » (par. 5). Lorsque le parent débiteur voit son revenu augmenter, mais qu’il continue de verser la pension conformément à une ordonnance judiciaire existante, il ne s’acquitte pas entièrement de l’obligation juridique indépendante de verser des aliments à proportion de son revenu. L’arrêt *D.B.S.* a confirmé qu’une augmentation rétroactive de la pension alimentaire dans de telles circonstances n’est donc « pas vraiment rétroactiv[e] », mais « fait [plutôt] respecter une obligation dont le parent débiteur aurait dû s’acquitter » (par. 67-68; voir aussi par. 69).

[38] Les juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* ont conclu qu’une augmentation rétroactive de la pension alimentaire ne conviendra pas toujours (par. 95). Le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s’il est même opportun de prononcer une ordonnance rétroactive, et la date à laquelle elle doit remonter. Le juge Bastarache a énoncé quatre facteurs qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire du

child’s circumstances; and (d) hardship entailed by a retroactive award. These factors were recently considered by this Court in *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763 (para. 29, per Brown J.; paras. 111-26, per Martin J.).

[39] Where a retroactive increase in child support is appropriate, the majority in *D.B.S.* suggested that the date of retroactivity should generally be the date of “effective notice” (para. 118). “Effective notice” in this context was said to simply require the recipient to “broac[h]” the subject of an increase in child support (para. 121). The majority of the Court noted, however, that recipients should be encouraged to move discussions forward after giving effective notice. To that end, the majority concluded that retroactive awards should generally extend no further than three years before the date of formal notice. This is known as the “three-year rule”, although it is a presumption only.

[40] In a significant caveat to these general rules, Justice Bastarache added that the date of the payor’s increase in income may sometimes be a more appropriate date of retroactivity, particularly where the payor engages in “blameworthy conduct” (para. 124). Such conduct includes the payor’s failure to disclose material increases in income. At para. 124, Bastarache J. said:

Not disclosing a material change in circumstances — including an increase in income that one would expect to alter the amount of child support payable — is itself blameworthy conduct. The presence of such blameworthy conduct will move the presumptive date of retroactivity back to the time when circumstances changed materially. A payor parent cannot use his/her informational advantage to justify his/her deficient child support payments.

tribunal : a) le fait que le parent créancier a tardé à demander l’ordonnance alimentaire; b) le comportement du parent débiteur; c) la situation de l’enfant; et d) les difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive. La Cour a récemment examiné ces facteurs dans l’arrêt *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763 (par. 29, le juge Brown; par. 111-126, la juge Martin).

[39] Dans l’arrêt *D.B.S.*, les juges majoritaires ont statué que lorsqu’il convient d’accorder une augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants, la date de rétroactivité doit généralement être la date de l’« information réelle » (par. 118). Dans ce contexte, disent-ils, l’« information réelle » exige simplement que le parent créancier « abord[e] » le sujet d’une augmentation de la pension alimentaire pour enfants (par. 121). Cependant, les juges majoritaires de la Cour ont souligné qu’il faut encourager les parents créanciers à faire progresser les discussions après avoir donné l’information réelle. À cette fin, ils ont conclu que les ordonnances rétroactives ne doivent généralement pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. C’est ce qu’on appelle la « règle des trois ans », bien qu’il ne s’agisse que d’une présomption.

[40] Exprimant une réserve importante à ces règles générales, le juge Bastarache a ajouté qu’il y a parfois lieu de faire rétroagir l’ordonnance à la date d’augmentation du revenu du parent débiteur, particulièrement lorsque le parent débiteur s’est comporté « de manière répréhensible » (par. 124). L’omission du parent débiteur de signaler des augmentations importantes de son revenu fait partie de ces comportements répréhensibles. Au par. 124, le juge Bastarache a affirmé ce qui suit :

Ne pas signaler un changement de situation important — y compris une augmentation du revenu susceptible de modifier le montant de la pension alimentaire versée pour l’enfant — est en soi répréhensible. L’existence d’un tel comportement répréhensible fera en sorte que la date de rétroactivité présumée corresponde à celle où la situation a sensiblement changé. Le parent débiteur ne peut se servir de son accès privilégié aux renseignements pour justifier une pension alimentaire insuffisante.



[41] Since *D.B.S.*, various courts have accepted and acted upon the principle that failing to disclose an increase in income is blameworthy conduct justifying variation to the date of the change (*C. (M.) v. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59, at para. 37; *Goulding v. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259, at para. 44; *Brear*, at para. 74, per Pentelechuk J.A.; *Burchill v. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217, at paras. 29-30; *Greene v. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330, at para. 73; *Carlaw v. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1, at paras. 23-25; *Damphouse v. Damphouse*, 2020 ABQB 101, at para. 72 (CanLII)). “Blameworthy conduct”, as that concept has developed in the cases, does not simply extend to the most egregious cases of deception or intentional evasion, like this case. It may also extend to cases of mere passivity and “taking the path of least resistance” (*Burchill*, at para. 30).

[42] Most recently, in *Michel*, my colleague Brown J. (speaking for the Court on this point) confirmed that “the date of effective notice is not relevant when a payor parent has engaged in blameworthy conduct (irrespective of the degree of blameworthiness)”, including failure to disclose material information (para. 36; see also para. 33). Payor parents are “subject to a duty of full and honest disclosure” (para. 33). Where the payor fails to comply with this duty and leaves the recipient unaware of increases in income, a retroactive award “will commonly be appropriate” because non-disclosure “eliminates any need to protect [the payor’s] interest in the certainty of his [or her] child support obligations” (paras. 32 and 34).

[43] In practice, then, the date of retroactivity is frequently adjusted to align with the date of the material increase in income, despite the “general rule” of varying to the date of effective notice in *D.B.S.* (para. 118). It would be “untenable to suggest that a parent who fails to provide financial disclosure can assume that the amount being provided is adequate

[41] Depuis l’arrêt *D.B.S.*, divers tribunaux ont admis et appliqué le principe selon lequel l’omission de signaler une augmentation de revenu est un comportement répréhensible qui justifie une modification remontant à la date du changement (*C. (M.) c. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59, par. 37; *Goulding c. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259, par. 44; *Brear*, par. 74, la juge Pentelechuk; *Burchill c. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217, par. 29-30; *Greene c. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330, par. 73; *Carlaw c. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1, par. 23-25; *Damphouse c. Damphouse*, 2020 ABQB 101, par. 72 (CanLII)). La notion de « comportement répréhensible », selon le sens qui lui a été donné dans la jurisprudence, ne se limite pas aux cas les plus flagrants de tromperie ou d’évitement intentionnel, comme en l’espèce. Elle peut également englober les cas de simple passivité et les cas [TRADUCTION] « où l’on choisit la voie de la facilité » (*Burchill*, par. 30).

[42] Plus récemment, dans l’arrêt *Michel*, mon collègue le juge Brown (s’exprimant au nom de la Cour sur ce point) a confirmé que « la date d’information réelle n’est pas pertinente dans les cas où le parent débiteur s’est comporté de façon répréhensible (sans égard au degré de répréhensibilité de son comportement) », ce qui comprend la non-communication de renseignements importants (par. 36; voir aussi par. 33). Les parents débiteurs sont « assujettis à une obligation de communication franche et complète » (par. 33). Lorsque le parent débiteur ne s’acquitte pas de cette obligation et n’informe pas le parent créancier en cas d’augmentations de son revenu, une ordonnance rétroactive « sera généralement indiquée », parce que la non-communication « élimine [...] tout besoin de protéger l’intérêt [du parent débiteur] à jouir de la certitude en ce qui a trait à ses obligations alimentaires envers l’enfant » (par. 32 et 34).

[43] En pratique, donc, la date de rétroactivité est fréquemment ajustée pour concorder avec la date de l’augmentation importante du revenu, malgré la règle énoncée dans l’arrêt *D.B.S.* voulant qu’il faille « généralement » faire remonter la modification à la date de l’information réelle (par. 118). Il serait [TRADUCTION] « indéfendable de prétendre qu’un parent

because the recipient parent has not brought a court application” (*Brear*, at para. 74, per Pentelchuk J.A.). Further, even where the payor has disclosed increases in income, the *D.B.S.* factors may support extending a retroactive increase of support back to the time of the change in income.

[44] In settling on the date of effective notice as the “general rule”, *D.B.S.* represented a kind of compromise between the pre-*Guidelines* world — with its payor-focused concepts of *laches* and hoarding — and the child-centered era of the *Guidelines*. In the pre-*Guidelines* era, notice was considered important because it was viewed as unfair to surprise payors with a retroactive award when they could not know the extent of their child support obligation until it was determined by the court (*D.B.S. (C.A.)*, at para. 79). After the *Guidelines* became law, parents knew about the existence and extent of their obligations, but courts continued to show reluctance to grant retroactive awards and pre-*Guidelines* concepts like notice and *laches* retained some influence. This background helps explain the majority’s wariness in *D.B.S.* about changing the rules for payors mid-stream. Since *D.B.S.*, however, expectations of and for payors have evolved. The *Guidelines* and s. 17 of the *Divorce Act* are clear and *D.B.S.* itself gave notice to payor parents that they must pay more support as income rises and that this obligation may be enforced after the fact.

[45] In light of the existing approach to blameworthy conduct and the pervasiveness of non-disclosure, it may be necessary in a future case to revisit the presumptive date of retroactivity in cases where

qui n’a pas communiqué ses renseignements financiers puisse présumer que le montant qu’il verse est adéquat du fait que le parent créancier n’a pas présenté de demande en justice » (*Brear*, par. 74, la juge Pentelchuk). Qui plus est, même lorsque le parent débiteur a signalé des augmentations de revenu, les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* peuvent justifier de faire remonter une augmentation rétroactive de la pension alimentaire à la date où le revenu a changé.

[44] En statuant qu’il convient « généralement » de privilégier la date d’information réelle, l’arrêt *D.B.S.* représentait en quelque sorte un compromis entre le régime antérieur aux *Lignes directrices* — qui faisait appel à des notions axées sur le parent débiteur, comme le manque de diligence et la mise en réserve — et l’époque des *Lignes directrices*, axées sur l’enfant. À l’époque antérieure aux *Lignes directrices*, l’avis était considéré comme important parce qu’il était jugé injuste de surprendre les parents débiteurs avec une ordonnance rétroactive, alors qu’ils ne pouvaient connaître l’étendue de leur obligation alimentaire envers l’enfant tant qu’elle n’était pas déterminée par le tribunal (*D.B.S. (C.A.)*, par. 79). Après l’entrée en vigueur des *Lignes directrices*, les parents connaissaient l’existence et l’étendue de leurs obligations, mais les tribunaux ont continué à se montrer réticents à prononcer des ordonnances rétroactives, et des notions antérieures aux *Lignes directrices*, comme les avis et le manque de diligence, ont continué à avoir une certaine influence. Ce contexte aide à comprendre la réticence des juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* à modifier en cours de route les règles applicables aux parents débiteurs. Cependant, depuis l’arrêt *D.B.S.*, les attentes des parents débiteurs et à l’égard de ceux-ci ont évolué. Les *Lignes directrices* et l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* sont clairs et l’arrêt *D.B.S.* a lui-même avisé les parents débiteurs qu’ils doivent payer une pension alimentaire plus élevée dans la mesure de l’augmentation de leur revenu et que cette obligation peut être exécutée après le fait.

[45] Vu l’approche actuelle à l’égard du comportement répréhensible et l’omniprésence des cas de non-communication, il pourrait être nécessaire, dans une affaire ultérieure, de revoir la date de rétroactivité

the recipient seeks a retroactive variation to reflect increases in the payor's income. A presumption in favour of varying support to the date of the increase would better reflect the recipient's informational disadvantage and remove any incentive for payors to withhold disclosure or underpay support in the hopes that the *status quo* will be maintained. Such a presumption would accord with other core principles of child support and reinforce that payors share the burden of ensuring the child receives the appropriate amount of support.

[46] In *D.B.S.*, the Court also drew attention to three interests which must be balanced to achieve a fair result in retroactive variation cases: first and foremost, the child's interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled; second, the interest of the parties and the child in certainty and predictability; and third, the need for flexibility to ensure a just result in light of fluctuations in payor income (*D.B.S.*, at paras. 2, 74 and 96; see also *Templeton v. Nuttall*, 2018 ONSC 815, at para. 43 (CanLII); *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217, at para. 33). The child's interest in a fair standard of support commensurate with income is the core interest to which all rules and principles must yield. A fair result that adequately protects this interest will sometimes lean toward preserving certainty, and sometimes toward flexibility.

[47] In addition to the fundamental principles established in the *Guidelines* and *D.B.S.*, any framework for decreased child support must account for the informational asymmetry between the parties and the resulting need for full and frank disclosure of the payor's income. It is to this point which I now turn.

présumée dans les cas où le parent créancier sollicite une modification rétroactive qui tient compte des augmentations du revenu du parent débiteur. Une présomption en faveur d'une modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'augmentation du revenu refléterait mieux le désavantage du parent créancier au titre de l'information et éliminerait ce qui incite les parents débiteurs à ne pas communiquer les renseignements ou à verser un montant insuffisant de pension alimentaire dans l'espoir que le statu quo sera maintenu. Une telle présomption concorderait avec les autres principes fondamentaux de la pension alimentaire pour enfants et renforcerait le principe voulant que les parents débiteurs partagent le fardeau de faire en sorte que l'enfant reçoive une pension alimentaire appropriée.

[46] Dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour a en outre souligné trois intérêts qui doivent être mis en balance pour atteindre un juste résultat dans les affaires de modification rétroactive : d'abord et avant tout, l'intérêt de l'enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée à laquelle il a droit; deuxièmement, l'intérêt des parties et de l'enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité; troisièmement, le besoin de souplesse pour que le résultat soit juste en cas de fluctuations du revenu du parent débiteur (*D.B.S.*, par. 2, 74 et 96; voir aussi *Templeton v. Nuttall*, 2018 ONSC 815, par. 43 (CanLII); *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217, par. 33). L'intérêt de l'enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire à proportion du revenu du parent débiteur est l'intérêt fondamental auquel toutes les règles et tous les principes doivent céder le pas. Un résultat juste qui protège adéquatement cet intérêt penchera parfois vers la préservation de la certitude, parfois vers la souplesse.

[47] Outre les principes fondamentaux établis dans les *Lignes directrices* et dans l'arrêt *D.B.S.*, le cadre d'analyse applicable à une réduction de la pension alimentaire pour enfants doit prendre en compte l'asymétrie qui existe entre les parties au titre de l'information et, en conséquence, la nécessité que le parent débiteur effectue une communication franche et complète de son revenu. C'est sur ce point que je vais maintenant me pencher.

### B. *Encouraging Timely and Full Disclosure*

[48] After applying the *Guidelines* and *D.B.S.* for many years, it has become clear just how much the child support system, including s. 17 variations, depends upon adequate, accurate and timely financial disclosure. The centrality of disclosure in child support matters has been recognized in a rich body of jurisprudence both before and after *D.B.S.* (see, e.g., *Shamli v. Shamli*, 2004 CanLII 45956 (Ont. S.C.J.), at para. 8; *Hietanen v. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67, at para. 11; *Gray*, at para. 63; *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313, at paras. 14 and 20; *Francis v. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99, at para. 9; *Goulding*, at para. 44). Simply stated, disclosure is the linchpin on which fair child support depends and the relevant legal tests must encourage the timely provision of necessary information.

[49] The pivotal role of disclosure comes as no surprise since the premise underlying the *Guidelines* “is that the support obligation itself should fluctuate with the payor parent’s income” (*D.B.S.*, at para. 45). The structure of the *Guidelines* thus creates an informational asymmetry between the parties. In a system that ties support to payor income, it is the payor who knows and controls the information needed to calculate the appropriate amount of support. The recipient does not have access to this information, except to the extent that the payor chooses or is made to share it. It would thus be illogical, unfair and contrary to the child’s best interests to make the recipient solely responsible for policing the payor’s ongoing compliance with their support obligation.

[50] This is why frank disclosure of income information by the payor lies at the foundation of the child support regime. In *Roberts v. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6, the Court of Appeal described

### B. *Favoriser la communication complète et en temps utile*

[48] En raison du fait que les tribunaux appliquent les *Lignes directrices* et l’arrêt *D.B.S.* depuis de nombreuses années, il est devenu évident à quel point le régime de soutien alimentaire des enfants, y compris les modifications visées à l’art. 17, dépend de la communication adéquate, exacte et en temps utile des renseignements financiers. Le rôle central de la communication dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants est reconnu dans de nombreuses décisions qui ont précédé et suivi l’arrêt *D.B.S.* (voir, p. ex., *Shamli c. Shamli*, 2004 CanLII 45956 (C.S.J. Ont.), par. 8; *Hietanen c. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67, par. 11; *Gray*, par. 63; *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 313, par. 14 et 20; *Francis c. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99, par. 9; *Goulding*, par. 44). En termes simples, la communication est l’élément central sur lequel repose un soutien alimentaire des enfants équitable et les critères juridiques pertinents doivent favoriser la communication en temps utile des renseignements nécessaires.

[49] Le rôle capital de la communication n’a rien d’étonnant, puisque le principe qui sous-tend les *Lignes directrices* est que « l’obligation alimentaire comme telle fluctue en fonction du revenu du parent débiteur » (*D.B.S.*, par. 45). La structure des *Lignes directrices* crée ainsi une asymétrie au titre de l’information entre les parties. Dans un régime qui rattache la pension alimentaire au revenu du parent débiteur, c’est ce dernier qui connaît et qui contrôle les renseignements nécessaires au calcul du montant approprié de la pension alimentaire. Le parent créancier n’a pas accès à ces renseignements, sauf dans la mesure où le parent débiteur choisit de les communiquer ou y est contraint. Il serait donc illogique, injuste et contraire à l’intérêt de l’enfant d’imposer au parent créancier la responsabilité exclusive de s’assurer que le parent débiteur s’acquitte en tout temps de son obligation alimentaire.

[50] Voilà pourquoi la communication franche par le parent débiteur des renseignements sur son revenu est le fondement du régime de soutien alimentaire des enfants. Dans l’arrêt *Roberts c. Roberts*, 2015

the duty to disclose financial information as “[t]he most basic obligation in family law” (para. 11). A payor’s failure to make timely, proactive and full disclosure undermines the policies underlying the family law regime and “the processes that have been carefully designed to achieve those policy goals” (*Leitch v. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587, at para. 44). Without proper disclosure, the system simply cannot function and the objective of establishing a fair standard of support for children that ensures they benefit from the means of both parents will be out of reach (*Michel*, at para. 32, per Brown J.; *Brear*, at para. 19, per Pentelchuk J.A.).

[51] Full and frank disclosure is also a precondition to good faith negotiation. Without it, the parties cannot stand on the equal footing required to make informed decisions and resolve child support disputes outside of court. Promoting proactive payor disclosure thus advances the objectives — found in s. 1 of the *Guidelines* — of reducing conflict between the parties and encouraging settlement.

[52] In line with these realities, courts have increasingly recognized that the payor’s duty to disclose income information is a corollary of the legal obligation to pay support commensurate with income (*Brear*, at paras. 19 and 69, per Pentelchuk J.A.; *Roseberry v. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215, at para. 63; *Cunningham v. Severy*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1, at paras. 21 and 26). As explained by Brown J., speaking for the full Court in *Michel*, payor parents “are subject to a duty of full and honest disclosure — a duty comparable to that arising in matrimonial negotiations” (para. 33, referencing *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295, at paras. 47-49). Courts and legislatures have also implemented various mechanisms to incentivize and even require regular ongoing disclosure

ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6, la Cour d’appel a décrit l’obligation de communiquer les renseignements financiers comme [TRADUCTION] « [l]’obligation la plus fondamentale en droit de la famille » (par. 11). L’omission du parent débiteur de communiquer l’intégralité des renseignements en temps utile et de façon proactive sape les politiques qui sous-tendent le régime du droit de la famille et [TRADUCTION] « les processus qui ont été soigneusement conçus pour réaliser ces objectifs de politique générale » (*Leitch c. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587, par. 44). Sans communication adéquate, le système ne peut tout simplement pas fonctionner, et il serait impossible d’atteindre l’objectif d’établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire au profit des enfants qui feraient en sorte que ceux-ci profitent des moyens des deux parents (*Michel*, par. 32, le juge Brown; *Brear*, par. 19, la juge Pentelchuk).

[51] La communication franche et complète est également une condition préalable à la négociation de bonne foi. Sans elle, les parties ne sont pas sur un pied d’égalité, qui est nécessaire pour prendre des décisions éclairées et régler par voie extrajudiciaire les différends portant sur la pension alimentaire pour enfants. Le fait d’inciter le parent débiteur à communiquer les renseignements de façon proactive contribue à mener à bien les objectifs — énoncés à l’article premier des *Lignes directrices* — de réduire les conflits entre les parties et de favoriser le règlement des affaires.

[52] En lien avec ces réalités, les tribunaux reconnaissent de plus en plus que l’obligation du parent débiteur de communiquer les renseignements sur son revenu est un corollaire de l’obligation légale de verser une pension alimentaire à proportion de son revenu (*Brear*, par. 19 et 69, la juge Pentelchuk; *Roseberry c. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215, par. 63; *Cunningham c. Severy*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1, par. 21 et 26). Comme l’a expliqué le juge Brown, s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Michel*, les parents débiteurs « sont assujettis à une obligation de communication franche et complète — une obligation comparable à celle qui se présente dans les négociations matrimoniales » (par. 33, renvoyant à l’arrêt *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295, par. 47-49). Les

of updated income information by the payor, along with tools to move proceedings forward in the face of non-disclosure. Those mechanisms include imputing income to payors who have failed to make adequate disclosure, striking pleadings, drawing adverse inferences, and awarding costs. By encouraging timely disclosure, these tools reduce the likelihood that the recipient will be forced to apply to court multiple times to secure disclosure.

[53] Following *D.B.S.*, lawyers and courts also began implementing “proactive strategies to avoid tedious and conflicting arguments related to ‘asking versus telling’ about income increases”, such as the use of mandatory annual disclosure obligations in child support orders in Alberta and Ontario (M. L. Gordon, “An Update on Retroactive Child and Spousal Support: Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)*” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71, at p. 72; see also *Sawatzky v. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247, at para. 58; *Roseberry*, at para. 64). In Ontario, the legislature has echoed this trend by amending the guidelines to include a requirement that payors disclose income information annually without the requirement of a request from the recipient (*Child Support Guidelines*, O. Reg. 391/97, s. 24.1(1)). Similarly, in British Columbia, s. 5(1) of the *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, imposes a general duty to disclose “full and true information” for the purpose of resolving family law disputes.

[54] In keeping with these developments, the exercise of judicial discretion and the setting of legal standards under s. 17 of the *Divorce Act* must encourage financial disclosure and in no way reward those who improperly withhold, hide or misrepresent information they ought to have shared. Proactive

tribunaux et les législateurs ont aussi mis en œuvre divers mécanismes pour encourager, voire exiger, la communication régulière continue par le parent débiteur des renseignements à jour sur son revenu, en plus d’outils pour faire avancer l’instance en cas de non-communication. Ces mécanismes comprennent l’attribution d’un revenu aux parents débiteurs qui n’ont pas fait une communication adéquate, la radiation d’actes de procédure, les inférences défavorables et la condamnation aux dépens. En favorisant la communication en temps utile, ces outils réduisent la probabilité que le parent créancier soit obligé de s’adresser aux tribunaux à plusieurs reprises pour obtenir la communication des renseignements.

[53] Dans la foulée de l’arrêt *D.B.S.*, les avocats et les tribunaux ont en outre commencé à mettre en œuvre [TRADUCTION] « des stratégies proactives visant à éviter les débats fastidieux et contradictoires liés à la question de savoir s’il y a lieu de “demander” plutôt que de “signaler” les augmentations de revenu », tel le recours aux obligations de communication annuelle obligatoire dans les ordonnances de pension alimentaire pour enfants en Alberta et en Ontario (M. L. Gordon, « An Update on Retroactive Child and Spousal Support : Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)* » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71, p. 72; voir aussi *Sawatzky c. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247, par. 58; *Roseberry*, par. 64). En Ontario, le législateur a fait écho à cette tendance en modifiant les lignes directrices pour qu’elles comprennent une obligation incombant aux parents débiteurs de communiquer annuellement les renseignements sur leur revenu sans que le parent créancier n’ait à le demander (*Lignes directrices sur les aliments pour les enfants*, Règl. de l’Ont. 391/97, par. 24.1(1)). De même, en Colombie-Britannique, le par. 5(1) de la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, impose une obligation générale de communiquer [TRADUCTION] « les renseignements complets et exacts » aux fins de régler les différends en droit de la famille.

[54] En accord avec ces avancées, l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et l’établissement de normes juridiques au titre de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* doivent favoriser la communication des renseignements financiers et ne récompenser d’aucune façon ceux qui, à tort, tairaient,

disclosure of changes in income is the first step to ensuring that child support obligations are tied to payor income as it fluctuates. Inadequate disclosure breeds “a backlog of [retroactive] support applications” (*Roseberry*, at para. 61). Indeed, with full, frank and regular disclosure, long-term arrears — such as Mr. Colucci’s — should be rare.

### C. *The Applicable Framework*

[55] In building a framework for the variation of child support and the rescission of arrears, judicial discretion must be structured to safeguard the child’s interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled. Alongside this paramount interest, there must be a fair balancing of certainty and flexibility to reach a just result in light of fluctuations in payor income and the particular circumstances of each case. In addition, the framework under s. 17 must promote the timely disclosure of accurate information, which in turn encourages equal bargaining and fair settlements, as the payor parent “holds the cards” when it comes to child support (*Michel*, at para. 32, per Brown J.). Above all, “the ultimate goal must be to ensure that children benefit from the support they are owed at the time when they are owed it. Any incentives for payor parents to be deficient in meeting their obligations should be eliminated” (*D.B.S.*, at para. 4). Payors should not be better off from a legal standpoint if they do not pay the child support the law says they owe. Nor should payors receive any sort of benefit or advantage from failing to disclose their real financial situation or providing disclosure on the eve of the hearing.

[56] Based on these guiding principles, I will first set out the framework applicable to a payor’s

cacheraient ou présenteraient de façon inexacte les renseignements qu’ils auraient dû partager. La communication proactive des changements du revenu est la première étape pour faire en sorte que les obligations alimentaires envers les enfants se rattachent au revenu du parent débiteur au gré de ses fluctuations. La communication inadéquate engendre [TRADUCTION] « une accumulation de demandes de pension alimentaire [rétroactive] » (*Roseberry*, par. 61). De fait, s’il y avait communication complète, franche et régulière, l’arriéré de longue date — comme celui de M. Colucci — serait chose rare.

### C. *Le cadre d’analyse applicable*

[55] Au sein du cadre d’analyse applicable à la modification de la pension alimentaire pour enfants et à l’annulation de l’arriéré, le pouvoir discrétionnaire du tribunal doit être structuré de manière à protéger l’intérêt de l’enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée auquel l’enfant a droit. Parallèlement à cet intérêt prépondérant, il doit y avoir un juste équilibre entre la certitude et la souplesse pour arriver à un résultat approprié, compte tenu des fluctuations du revenu du parent débiteur et des circonstances particulières de chaque cas. Qui plus est, le cadre d’analyse au titre de l’art. 17 doit promouvoir la communication en temps utile des renseignements exacts, ce qui favorise la négociation égalitaire et des règlements équitables, puisque le parent débiteur « a toutes les cartes en main » lorsqu’il s’agit de la pension alimentaire pour enfants (*Michel*, par. 32, le juge Brown). Avant tout, « l’objectif ultime doit être de faire en sorte que l’enfant bénéficie de ce qui lui est dû au moment où il lui est dû. Tout ce qui peut inciter le parent débiteur à se soustraire à ses obligations doit être écarté » (*D.B.S.*, par. 4). Les parents débiteurs ne devraient pas se retrouver en meilleure position, sur le plan juridique, s’ils ne versent pas la pension alimentaire pour enfants dont ils sont redevables en vertu de la loi; et ils ne devraient pas non plus recevoir quelque bénéfice ou avantage du fait qu’ils ne communiquent pas leur situation financière véritable ou qu’ils communiquent les renseignements la veille de l’audience.

[56] En fonction de ces principes directeurs, je vais d’abord énoncer le cadre d’analyse applicable à la

application for a retroactive decrease in support based on a material change in circumstances. I will then explain the applicable framework where the payor seeks to rescind arrears based on present inability to pay rather than a past change in circumstances.

(1) Retroactive Decreases Where The Prior Order Overestimates Payor Income

[57] This category of cases covers situations in which the payor has experienced a material drop in income that affected their ability to make payments as they came due. The payor will argue that the recipient was in fact owed a lower amount under the *Guidelines* than the amount payable under a pre-existing order or agreement, thus necessitating a recalculation of the amount owing for past years based on the payor's actual income, the number of children to be supported in those years, and the table amounts. Decreased income is an all too common and unfortunate reality for many families. Any framework developed to accommodate retroactive variations of child support in response to decreased payor income must deal fairly with a wide range of factual situations, from payors who diligently paid the proper amount until they lost their employment or otherwise fell on hard times, to those who have made little effort to meet their responsibilities and are absent, intentionally underemployed or persistently delinquent.

[58] In this section, I first discuss the threshold the payor must meet to access a retroactive decrease under s. 17, namely the requirement of showing a change in circumstances that would justify varying the amount of child support. I then reconcile the divergent lines of authority about what happens when this threshold is met, settling on a presumption-based approach that leaves space for judicial discretion structured by the *D.B.S.* factors. Under this approach, once the payor has met the threshold of showing a

demande du parent débiteur sollicitant une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement important de situation. J'expliquerai ensuite le cadre d'analyse applicable lorsque le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en raison de son incapacité actuelle de payer, plutôt que d'un changement de situation antérieur.

(1) La réduction rétroactive lorsque l'ordonnance antérieure surestime le revenu du parent débiteur

[57] Cette catégorie de cas vise les situations où le parent débiteur a connu une baisse importante de revenu qui a eu une incidence sur sa capacité de faire des versements à échéance. Le parent débiteur fera valoir qu'il devait en fait au parent créancier un montant moindre au titre des *Lignes directrices* que le montant payable au titre d'une ordonnance ou d'une entente préexistante, ce qui nécessiterait donc un nouveau calcul du montant exigible pour les années passées en fonction du revenu réel du parent débiteur, du nombre d'enfants à charge pendant ces années et des montants figurant dans les tables. Une réduction de revenu est une réalité malheureuse et bien trop fréquente pour plusieurs familles. Tout cadre d'analyse élaboré pour prendre en compte les modifications rétroactives de la pension alimentaire pour enfants en réponse à une réduction du revenu du parent débiteur doit traiter équitablement d'une vaste gamme de situations factuelles, allant des parents débiteurs qui ont diligemment payé le bon montant jusqu'à ce qu'ils perdent leur emploi ou connaissent des jours difficiles, à ceux qui n'ont pas tenté de s'acquitter de leurs responsabilités et qui sont absents, intentionnellement sous-employés ou constamment défaillants.

[58] Dans la présente section, je discute d'abord de la condition préliminaire à laquelle doit satisfaire le parent débiteur pour avoir droit à une réduction rétroactive au titre de l'art. 17, soit l'obligation de démontrer un changement de situation qui justifierait la modification du montant de la pension alimentaire pour enfants. Je concilie ensuite les courants jurisprudentiels divergents concernant ce qui se passe lorsque cette condition préliminaire est respectée, et je retiens l'approche fondée sur une présomption qui



change in circumstances, a presumption is triggered in favour of varying support back to the date of effective notice, up to three years before formal notice. I explain what effective notice means and why it is an appropriate presumptive date in this category of case. I then discuss how the *D.B.S.* factors can be adapted to retroactive decreases in deciding whether to depart from the presumptive date of retroactivity. Finally, I address quantum, the final stage of the analysis, which requires the court to calculate the proper amount of support in accordance with the *Guidelines*.

(a) *The Threshold Requirement of a Change in Circumstances*

[59] Like any applicant seeking a retroactive variation under s. 17 of the *Divorce Act*, a payor seeking a downward retroactive change must first show a past change in circumstances, as required under s. 17(4). Section 14 of the *Guidelines* lists situations constituting a change in circumstances for the purpose of s. 17(4) of the *Divorce Act*, including the coming into force of the *Guidelines* (s. 14(c)). A change in circumstances could also include a change that, if known at the time, would probably have resulted in different terms, such as a drop in income (*Guidelines*, s. 14(a); *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688; *Gray*, at para. 39).

[60] The onus is on the party seeking a retroactive decrease to show a change in circumstances (*Punzo v. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304, at para. 26; *Templeton*, at para. 33). In some cases that may be relatively straightforward: for example, establishing that the children are no longer legally entitled to support because they are no longer children of the marriage.

laisse place à un pouvoir discrétionnaire judiciaire s'articulant autour des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* Conformément à cette approche, dès que le parent débiteur a satisfait au critère préliminaire de démontrer un changement de situation, une présomption s'applique en faveur de la modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel. J'explique ce que signifie l'information réelle et pourquoi il s'agit d'une date présumée qui convient dans cette catégorie de cas. J'analyse ensuite comment les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* peuvent être adaptés aux réductions rétroactives en tranchant la question de savoir s'il y a lieu de déroger à la date présumée de rétroactivité. Enfin, j'aborde la question du montant, la dernière étape de l'analyse, qui oblige le tribunal à calculer le juste montant de la pension alimentaire conformément aux *Lignes directrices*.

a) *La condition préliminaire de changement de situation*

[59] Comme tout demandeur qui sollicite une modification rétroactive au titre de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, le parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive à la baisse doit d'abord démontrer un changement de situation antérieur, comme le prescrit le par. 17(4). L'article 14 des *Lignes directrices* énumère les situations qui constituent un changement de situation pour l'application de ce paragraphe, notamment l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* (al. 14c)). Un changement de situation peut également comprendre un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes, comme une baisse de revenu (*Lignes directrices*, al. 14a); *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688; *Gray*, par. 39).

[60] C'est à la partie qui sollicite une réduction rétroactive qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il y a eu changement de situation (*Punzo c. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304, par. 26; *Templeton*, par. 33). Dans certains cas, cela peut être relativement simple : par exemple, en établissant que les enfants n'ont plus légalement droit aux aliments parce qu'ils ne sont plus des enfants à charge.

[61] Most commonly, the retroactive variation claim will be based on a material change in income. To meet the threshold, a decrease in income must be significant and have some degree of continuity, and it must be real and not one of choice (*Willick*, at pp. 687-88; *Earle v. Earle*, 1999 CanLII 6914 (B.C.S.C.), at para. 27; *MacCarthy v. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102, at para. 58, citing *Earle*; *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, at para. 33; *Gray*, at para. 39; *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323 (“*Brown*”), at para. 2; *Templeton*, at para. 35). Trivial or short-lived changes are insufficient to justify a variation (*Templeton*, at para. 35). In this way, the threshold inquiry preserves some sense of certainty and predictability for the parties and the child, while allowing some flexibility in response to changes in the payor’s income.

[62] The payor must have disclosed sufficient reliable evidence for the court to determine when and how far their income fell, and to ascertain whether the change was significant, long lasting, and not one of choice. A decision to retroactively decrease support can only be made based on “reliable, accurate and complete information” (*Earle*, at para. 28). The payor cannot ask the court to make findings on income that are contrary to the recipient’s interests “while at the same time shielding information that is relevant to the determination of their income behind a protective wall” (*Templeton*, at para. 67; see also *Tougher v. Tougher*, 1999 ABQB 552, at paras. 14-15 (CanLII); *Terry*, at para. 9).

[63] Of course, a payor whose income was originally imputed because of an initial lack of disclosure cannot later claim that a change in circumstances occurs when he or she subsequently produces proper documentation showing the imputation was higher than the table amount for their actual income. The payor cannot rely on their own late disclosure as a change in circumstances to ground a variation order (*Gray*, at paras. 33-34). This would “defeat the purpose of imputing income in the first place” and act as

[61] Le plus souvent, la demande de modification rétroactive sera fondée sur un changement important de revenu. Pour satisfaire à la condition préliminaire, la baisse de revenu doit être substantielle et avoir une certaine continuité, et elle doit être réelle et ne pas découler d’un choix (*Willick*, p. 687-688; *Earle c. Earle*, 1999 CanLII 6914 (C.S. C.-B.), par. 27; *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102, par. 58, citant *Earle*; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, par. 33; *Gray*, par. 39; *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 323 (« *Brown* »), par. 2; *Templeton*, par. 35). Les changements de peu d’importance ou de courte durée ne sont pas suffisants pour justifier une modification (*Templeton*, par. 35). De cette façon, l’examen préliminaire assure aux parties et à l’enfant un certain sentiment de certitude et de prévisibilité, tout en permettant de la souplesse en réponse aux changements de revenu du parent débiteur.

[62] Le parent débiteur doit avoir communiqué suffisamment d’éléments de preuve fiables pour que le tribunal puisse déterminer quand son revenu a baissé et de combien, et apprécier si le changement était substantiel, de longue durée et ne découlait pas d’un choix. La décision de réduire rétroactivement la pension alimentaire ne peut être prise que sur le fondement de [TRADUCTION] « renseignements fiables, exacts et complets » (*Earle*, par. 28). Le parent débiteur ne peut demander au tribunal de tirer des conclusions relatives au revenu qui sont contraires aux intérêts du parent créancier, [TRADUCTION] « tout en dissimulant derrière un mur protecteur des renseignements qui sont pertinents pour la détermination du revenu » (*Templeton*, par. 67; voir aussi *Tougher c. Tougher*, 1999 ABQB 552, par. 14-15 (CanLII); *Terry*, par. 9).

[63] Bien entendu, le parent débiteur à qui un revenu a été attribué au départ en raison du fait que les renseignements sur son revenu n’ont pas été initialement communiqués ne peut prétendre par la suite qu’un changement de situation se produit lorsqu’il ou elle produit ultérieurement la bonne documentation indiquant que le revenu attribué était plus élevé que le montant figurant dans les tables correspondant à son revenu réel. Le parent débiteur ne peut pas invoquer la communication tardive de son propre

“a disincentive for payors to participate in the initial court process” (*Trang v. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364, at para. 53).

(b) *Reconciling Divergent Authorities on the Application of D.B.S.*

[64] Assuming the threshold of a change in circumstances is met, the parties disagree on two crucial questions: how to decide whether retroactive relief should be granted in the first place, and how far back a court should go when varying a previously ordered amount.

[65] To answer these questions, each party relies on one of two divergent lines of authority in the post-*D.B.S.* jurisprudence concerning retroactive decreases in child support. Mr. Colucci says the payor who satisfies the threshold is entitled to a retroactive decrease without any consideration of contextual factors. This reflects the approach taken in *Brown*. In *Brown*, the New Brunswick Court of Appeal concluded that *D.B.S.* does not apply to arrears at all, given Bastarache J.’s comments at paras. 1 and 98 of *D.B.S.* (discussed below). Under the *Brown* test, the court considers only whether there has been a material change in circumstances since the original order was made and, if so, what the proper amount of child support should have been under the *Guidelines*. As such, the *Brown* test is a “no-fault” test (*M.W. v. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51, at para. 43).

[66] Ms. Colucci relies on the *Corcios/Gray* line of authority, in which the contextual *D.B.S.* factors have been adapted to suit applications to retroactively decrease support. Under the *Corcios/Gray* framework, the court may consider these factors in deciding whether a retroactive decrease is appropriate, in setting the date of retroactivity, and sometimes

fait en tant que changement de situation au soutien d’une ordonnance modificative (*Gray*, par. 33-34). Cela [TRADUCTION] « irait à l’encontre de l’objectif même de l’attribution du revenu » et aurait pour effet de « dissuader les parents débiteurs de participer au processus judiciaire initial » (*Trang c. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364, par. 53).

b) *Concilier les courants jurisprudentiels opposés quant à l’application de l’arrêt D.B.S.*

[64] À supposer que la condition préliminaire du changement de situation est remplie, les parties ne s’entendent pas sur deux questions cruciales : comment décider de l’opportunité même d’accorder une réparation rétroactive, et jusqu’où le tribunal doit-il remonter lorsqu’il modifie un montant accordé par une ordonnance antérieure.

[65] Pour répondre à ces questions, chaque partie invoque un des deux courants jurisprudentiels divergents postérieurs à l’arrêt *D.B.S.* concernant les réductions rétroactives de la pension préliminaire pour enfants. Selon M. Colucci, le parent débiteur qui satisfait à la condition préalable a droit à une réduction rétroactive sans égard aux facteurs contextuels. Cette thèse correspond à l’approche adoptée dans l’arrêt *Brown*, où la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu que l’arrêt *D.B.S.* ne s’appliquait aucunement aux arriérés, vu les commentaires du juge Bastarache aux par. 1 et 98 de cet arrêt (dont il sera question plus loin). Suivant le critère retenu dans l’arrêt *Brown*, le tribunal ne se demande que s’il y a eu un changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance originale et, dans l’affirmative, ce qu’aurait dû être le montant approprié de la pension alimentaire pour enfants en application des *Lignes directrices*. À cet égard, le critère retenu dans l’arrêt *Brown* est un critère [TRADUCTION] « sans égard à la faute » (*M.W. c. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51, par. 43).

[66] Madame Colucci invoque le courant jurisprudentiel découlant des arrêts *Corcios/Gray*, qui a adapté les facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* aux demandes visant à réduire rétroactivement la pension alimentaire. Suivant le cadre d’analyse découlant des arrêts *Corcios/Gray*, le tribunal peut tenir compte de ces facteurs pour décider si

in setting the amount to be paid (*Gray*, at para. 60; *Templeton*, at paras. 49-50). Mirroring *D.B.S.*, the *Corcios/Gray* approach establishes a general rule in favour of varying back to the date that the payor gave the recipient effective notice of their intention to seek a decrease based on changed circumstances, up to a presumptive maximum of three years before the date of formal notice (*Gray*, at para. 61). The Court of Appeal followed the *Corcios/Gray* approach in the case at bar.

[67] In my view, both lines of authority have something to offer. *Brown* offers simplicity and predictability. However, it ignores the interest of the recipient and child in certainty and does nothing to encourage the payor to disclose changes in income to the recipient. Further, the *Brown* framework is inconsistent with the discretionary language of s. 17 of the *Divorce Act*, which provides that the court “may” retroactively vary a support order. On the *Brown* approach, the court *must* vary the order once the payor has established a change in circumstances, and *must* vary back to the date of the change. The *Brown* framework also makes it much easier for a payor parent to obtain a retroactive decrease than it is for a recipient to obtain a retroactive increase, a shortcoming that is even more unfair when considered in light of the recipient’s informational disadvantage. This undermines the objective in s. 1 of the *Guidelines* of ensuring consistent treatment of spouses in similar circumstances. These are serious limitations which stand in the way of a fair resolution on the facts of each case.

[68] The *Corcios/Gray* framework mitigates these limitations by adapting *D.B.S.* to the decrease context, in terms of both focusing on the date of effective

une réduction rétroactive est appropriée, pour fixer la date de rétroactivité et, parfois, pour fixer le montant à payer (*Gray*, par. 60; *Templeton*, par. 49-50). Réflétant l’arrêt *D.B.S.*, l’approche découlant des arrêts *Corcios/Gray* établit une règle générale faisant remonter la modification à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier de son intention de solliciter une réduction sur le fondement d’une nouvelle situation, jusqu’à un maximum présumé de trois ans avant la date de présentation de l’avis formel (*Gray*, par. 61). La Cour d’appel a adopté l’approche découlant des arrêts *Corcios/Gray* en l’espèce.

[67] À mon avis, ces deux courants jurisprudentiels ont quelque chose à offrir. Celui de l’arrêt *Brown* offre la simplicité et la prévisibilité. Toutefois, il fait abstraction de l’intérêt du parent créancier et de l’enfant à bénéficier de la certitude, et ne fait rien pour inciter le parent débiteur à signaler au parent créancier les changements à son revenu. Qui plus est, le cadre établi dans l’arrêt *Brown* est incompatible avec le libellé discrétionnaire de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, lequel prévoit que le tribunal « peut » modifier rétroactivement une ordonnance alimentaire. Suivant l’approche établie dans l’arrêt *Brown*, le tribunal *doit* modifier l’ordonnance dès lors que le parent débiteur a établi qu’il y avait eu changement à sa situation, et *doit* faire remonter la modification à la date du changement. Le cadre établi dans l’arrêt *Brown* fait également en sorte qu’il est beaucoup plus facile pour le parent débiteur d’obtenir une réduction rétroactive qu’il ne l’est pour le parent créancier d’obtenir une augmentation rétroactive, une lacune qui est encore plus injuste lorsqu’on la considère à la lumière du désavantage, au titre de l’information, du parent créancier. Cette lacune compromet la réalisation de l’objectif de l’article premier des *Lignes directrices*, qui consiste à assurer un traitement uniforme des époux se trouvant dans des situations semblables. Il s’agit de déficiences graves qui font obstacle au règlement équitable selon les faits de chaque affaire.

[68] Le cadre d’analyse découlant des arrêts *Corcios/Gray* atténue ces déficiences en adaptant l’arrêt *D.B.S.* au contexte de la réduction, privilégiant

notice as the default date of retroactivity and leaving room to shift the date of retroactivity based on contextual factors. The problem, however, is that *Gray* directs the court to consider multiple factors over three different questions (whether a retroactive order is appropriate, how far back it should extend, and what the quantum should be) (*Gray*, at para. 60). The result is often confusion and undue complexity: the questions are mingled, the factors become muddled and the layering of discretion over multiple steps of the analysis means that predictability and transparency are sacrificed. This complexity makes the framework less useful for family law litigants who are increasingly self-represented (*Morwald-Benevides v. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305, at para. 19).

[69] A framework that involves the application of multi-factorial discretion at multiple steps of the analysis is also less useful as an anchor for negotiations and settlement of child support matters. There is a trend in family law away from an adversarial culture of litigation to a culture of negotiation (see, e.g., D. Martinson and M. Jackson, “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 22; D. M. Sowter, “Advocacy in Non-Adversarial Family Law: A Recommendation for Revision to the Model Code” (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401, at p. 402; P. J. Dalphond and A. Nag, “Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*” (2019), 78 *R. du B.* 255, at pp. 312 et seq.). Not only is encouraging settlement one of the objectives of the *Guidelines*, but recent amendments to the *Divorce Act* reflect this shift by requiring parties, where appropriate, to try to resolve family law disputes through family dispute resolution processes (s. 7.3). Parents should be encouraged — absent family violence or significant power imbalances — to resolve their disputes themselves outside the court structure and legal rules should be clear and accessible so they may reach fair agreements. Reaching a negotiated settlement not only saves resources but also reduces the need for future court applications by setting up

la date d’information réelle comme date de rétroactivité par défaut et permettant l’ajustement de la date de rétroactivité en fonction de facteurs contextuels. Le problème, toutefois, tient à ce que l’arrêt *Gray* exige que les tribunaux examinent de multiples facteurs en rapport avec trois questions différentes (l’opportunité d’une ordonnance rétroactive, la date à laquelle elle devrait remonter et le montant auquel elle devrait correspondre) (*Gray*, par. 60). Il en résulte souvent de la confusion et une complexité excessive : les questions se mélangent, les facteurs se confondent et la superposition du pouvoir discrétionnaire aux diverses étapes de l’analyse se fait au détriment de la prévisibilité et de la transparence. Cette complexité rend le cadre moins utile pour les plaideurs en droit de la famille, dont un nombre croissant sont non représentés (*Morwald-Benevides c. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305, par. 19).

[69] De plus, un cadre d’analyse qui comporte l’application d’un pouvoir discrétionnaire multifactoriel à multiples étapes de l’analyse est moins utile comme point d’ancrage pour les négociations et le règlement de questions liées à la pension alimentaire pour enfants. Il existe une tendance en droit de la famille à s’éloigner d’une culture de confrontation pour se rapprocher d’une culture de négociation dans les litiges (voir, p. ex., D. Martinson et M. Jackson, « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11, p. 22; D. M. Sowter, « Advocacy in Non-Adversarial Family Law : A Recommendation for Revision to the Model Code » (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401, p. 402; P. J. Dalphond et A. Nag, « Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce* » (2019), 78 *R. du B.* 255, p. 312 et suiv.). Outre le fait que les *Lignes directrices* ont pour objectif de favoriser le règlement des affaires, de récentes modifications apportées à la *Loi sur le divorce* reflètent cette évolution en obligeant les parties, dans les cas qui s’y prêtent, à tenter de régler les différends en droit de la famille au moyen de mécanismes de règlement des différends familiaux (art. 7.3). Les parents devraient être encouragés — lorsqu’il n’y a pas de violence familiale ou de déséquilibres de pouvoir importants — à régler eux-mêmes leurs différends

a less acrimonious relationship between the parties (N. Bala, “Reforming Family Dispute Resolution in Ontario: Systemic Changes and Cultural Shifts”, in M. Trebilcock, A. Duggan and L. Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice* (2012), 271, at pp. 286-87).

[70] To support a culture of negotiation, the framework under s. 17 of the *Divorce Act* must provide parties with a foundation for their efforts to resolve the matter themselves. A framework that promotes timely disclosure and structures judicial discretion through clear and simple presumptions will provide a solid starting point for negotiation between the parties.

[71] There is thus merit in a simplified framework which takes the benefits of *Brown* and *Corcios/Gray* but removes their drawbacks. To advance clarity, simplicity and predictability, the analysis should be focused on a single presumption regarding the date of retroactivity. Once the applicant establishes a change in circumstances, a presumption is triggered that support will be varied back to a certain date (i.e., effective notice, up to three years before formal notice). The *D.B.S.* factors are then concentrated on one question: should the court depart from the presumptive date of retroactivity to achieve a fair result? It is on this question only that the factors of delay, payor conduct, the child’s circumstances and potential hardship are brought to bear.

[72] It is therefore no longer necessary to first ask whether retroactive relief is warranted as a general proposition, with contextual factors guiding both

en dehors de la structure judiciaire, et les règles de droit doivent être claires et accessibles de manière à ce qu’ils puissent arriver à des ententes équitables. Un règlement négocié permet non seulement d’économiser des ressources, mais il réduit aussi le besoin des parties d’avoir recours aux tribunaux par la suite grâce à la relation moins acrimonieuse qui sera établie entre elles (N. Bala, « Reforming Family Dispute Resolution in Ontario : Systemic Changes and Cultural Shifts », dans M. Trebilcock, A. Duggan et L. Sossin, dir., *Middle Income Access to Justice* (2012), 271, p. 286-287).

[70] Pour qu’une culture de négociation soit possible, le cadre d’analyse fondé sur l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* doit fournir aux parties une assise à leurs efforts visant à régler elles-mêmes l’affaire. Un cadre qui favorise la communication en temps utile et qui structure le pouvoir discrétionnaire du tribunal au moyen de présomptions claires et simples fournira un solide point de départ aux négociations entre les parties.

[71] Par conséquent, un cadre d’analyse simplifié qui retient les avantages de l’approche de l’arrêt *Brown* et de celle des arrêts *Corcios/Gray*, tout en éliminant leurs inconvénients, est à privilégier. Pour favoriser la clarté, la simplicité et la prévisibilité, l’analyse doit être centrée sur une seule présomption concernant la date de rétroactivité. Dès que le demandeur établit un changement de situation, il y a présomption que la pension alimentaire sera modifiée rétroactivement à compter d’une certaine date (c.-à-d. celle de l’information réelle, jusqu’à trois ans avant l’avis formel). Les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* sont donc orientés principalement vers une seule question : le tribunal doit-il déroger à la date de rétroactivité présumée pour atteindre un résultat équitable? C’est à l’égard de cette question seulement que les facteurs du retard à présenter une demande, du comportement du parent débiteur, de la situation de l’enfant et des difficultés éventuelles entrent en compte.

[72] Il n’est donc plus nécessaire de se demander en premier lieu si une réparation rétroactive est justifiée de façon générale, des facteurs contextuels

this preliminary inquiry and the question of how far back retroactive relief should go. Already in the jurisprudence, this preliminary question has often been blurred with the question of the timing of any retroactive order, casting doubt on the utility of inquiring first into the general appropriateness of retroactive relief. For example, even though the analytical framework in *Corcios* called for a separate step of asking whether retroactive relief is appropriate in the first place, the court did not separate out this preliminary question from the inquiry into how far back retroactive relief should extend. Moving directly to a presumptive date simplifies the analysis and enhances fairness and predictability for the parties.

[73] To ensure consistency and even-handedness, this same presumption-based approach should be applied in all retroactive variation contexts, including where the recipient applies under s. 17 for a retroactive increase. It would not be fair if payors claiming a decrease benefit from a presumption that is unavailable to recipients claiming an increase, especially when applications to retroactively reduce support will often be countered by an application for a retroactive increase in the same proceeding, or vice versa. A recipient is thus no longer required to demonstrate as a preliminary matter that a retroactive award is appropriate based on the *D.B.S.* factors. Once an increase in the payor's income has been shown, the only question is how far back retroactive support should extend. No injustice arises if the inquiry into the general appropriateness of retroactive child support is omitted, as any fears that payors will be taken by surprise by *ex post* changes are fully answered by the express reference to retroactive variations in the wording of s. 17, the way the *Guidelines* work, and the fact that the Court's reasons in *D.B.S.* were given over 15 years ago.

servant à la fois à orienter cet examen préliminaire et à trancher la question de savoir jusqu'où la réparation rétroactive doit remonter. Déjà dans la jurisprudence, cette question préliminaire a souvent été confondue avec la question de savoir jusqu'où doit remonter toute ordonnance rétroactive, remettant en question l'utilité de s'interroger d'abord sur l'opportunité générale d'une réparation rétroactive. Par exemple, même si le cadre d'analyse dans l'arrêt *Corcios* commandait une étape distincte consistant à se demander s'il convient même d'accorder une réparation rétroactive, le tribunal n'a pas dissocié cette question préliminaire de l'examen de la question de savoir jusqu'où la réparation rétroactive doit remonter. Le fait de passer directement à une date présumée simplifie l'analyse et accroît l'équité et la prévisibilité pour les parties.

[73] Pour assurer la cohérence et le traitement égalitaire, il convient d'appliquer cette même approche fondée sur une présomption dans tous les contextes de modification rétroactive, notamment lorsque le parent créancier présente une demande d'augmentation rétroactive fondée sur l'art. 17. Il ne serait pas juste que le parent débiteur qui demande une réduction bénéficie d'une présomption dont ne peut se prévaloir le parent créancier qui demande une augmentation, d'autant plus que dans bien des cas, une demande d'augmentation rétroactive de la pension alimentaire sera opposée à la demande de réduction rétroactive dans la même instance, ou vice versa. Par conséquent, le parent créancier n'est plus tenu d'établir, à titre préliminaire, qu'une ordonnance rétroactive est appropriée sur le fondement des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* Dès lors qu'une augmentation du revenu du parent débiteur a été établie, la seule question est de savoir jusqu'où la pension alimentaire rétroactive doit remonter. Il n'y a aucune injustice si l'on omet l'examen de la pertinence générale de la pension alimentaire rétroactive pour enfants, puisque les craintes selon lesquelles les parents débiteurs seront pris au dépourvu par des changements après le fait sont entièrement levées par le renvoi exprès aux modifications rétroactives dans le libellé de l'art. 17, par la façon dont fonctionnent les *Lignes directrices* et par le fait que les motifs de la Cour dans l'arrêt *D.B.S.* ont été prononcés il y a plus de 15 ans.

[74] Thus, where a past material change in the payor's income is established, the amount set out in the child support order no longer reflects the content of the payor's legal obligation to pay support in line with the table amounts. The only question is what remedy flows from this legal fact. In the decrease context, the presumption of varying back to the date of effective notice, up to three years before formal notice, assists the court in answering this question. It will still be true under this approach that not all applications will lead to retroactive variation, but the focus will be on whether a material change in circumstances has been proven and the date to which a retroactive variation should extend.

[75] This means I reject Mr. Colucci's argument, based on *Brown*, that the *D.B.S.* factors have no role in retroactive decrease applications. He submits that para. 98 of *D.B.S.* is binding authority establishing that the *D.B.S.* factors do not apply to arrears. At para. 98, Bastarache J. wrote:

... these factors are not meant to apply to circumstances where arrears have accumulated. In such situations, the payor parent cannot argue that the amounts claimed disrupt his/her interest in certainty and predictability; to the contrary, in the case of arrears, certainty and predictability militate in the opposite direction. There is no analogy that can be made to the present cases.

[76] In my view, this passage does not support the proposition that the *D.B.S.* factors are wholly irrelevant where the payor seeks a retroactive decrease based on a change in circumstances. Rather, Bastarache J. was pointing out that the balance between certainty and flexibility is very different as between the increase and decrease categories of cases. Those interests will pull in different directions depending on whether the recipient or the payor seeks to retroactively vary support. This is a point that bears further elucidation, as it will be relevant to the

[74] Par conséquent, lorsqu'un changement important antérieur du revenu du parent débiteur est établi, le montant énoncé dans l'ordonnance alimentaire au profit des enfants ne reflète plus la teneur de l'obligation juridique de celui-ci de verser une pension alimentaire qui correspond aux montants figurant dans les tables. La seule question est de savoir quelle réparation découle de ce fait juridique. Dans le contexte d'une réduction, la présomption qui consiste à faire remonter la modification à la date d'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel, aide le tribunal à répondre à cette question. Il demeurera vrai, suivant cette approche, que toutes les demandes ne donneront pas lieu à des modifications rétroactives, mais il s'agira de savoir si un changement de situation important a été prouvé et la date à laquelle doit remonter la modification rétroactive.

[75] Cela veut dire que je rejette l'argument de M. Colucci, fondé sur l'arrêt *Brown*, selon lequel les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* ne jouent aucun rôle dans les demandes de réduction rétroactive. Il soutient que le par. 98 de l'arrêt *D.B.S.* fait autorité, et qu'il établit que les facteurs énoncés dans cet arrêt ne s'appliquent pas à l'arriéré. Au par. 98, le juge Bastarache a écrit ce qui suit :

... [ces éléments] ne sont pas censés entrer en ligne de compte lorsqu'il y a des arriérés. Dans ce cas, le parent débiteur ne peut prétendre que la mesure demandée irait à l'encontre de la certitude et de la prévisibilité dont il est censé bénéficier. En effet, s'il y a des arriérés, cet élément milite en faveur de la solution contraire. Aucune analogie ne peut être faite avec les présents pourvois.

[76] À mon avis, ce passage ne permet pas de soutenir que les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* n'ont aucune pertinence lorsque le parent débiteur sollicite une réduction rétroactive fondée sur un changement de situation. Le juge Bastarache soulignait plutôt que l'équilibre entre la certitude et la souplesse est très différent selon qu'il s'agit d'une demande d'augmentation ou d'une demande de réduction. Ces intérêts militeront dans des sens différents selon qu'il s'agit du parent créancier ou du parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive de la



way effective notice is defined in the increase and decrease contexts.

[77] On an application for a retroactive increase, the recipient seeks the flexibility of a retroactive award to capture the payor's increased income and secure payment of child support in the correct amount. It is the payor who has some interest in the certainty and predictability supplied by an existing court order or agreement (*D.B.S.*, at para. 63). However, this certainty interest is heavily qualified by the *Guidelines*-era principle that more income means more support. The payor cannot reasonably expect their child support obligations to remain static in the face of material increases in income. Given the structure of the *Guidelines*, the only real "certainty" in the face of fluctuating income is that the payor is responsible for paying the table amount based on actual income. Further, a payor who has fallen into arrears cannot resist a retroactive increase based on their interest in certainty, as the payor cannot claim they relied on the order in arranging their affairs (*Gray*, at para. 51; *MacEachern v. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68, at para. 89).

[78] Conversely, in a claim for a retroactive decrease, as indicated in *D.B.S.*, at para. 98, the interest in certainty lies with the recipient parent and child, while the interest in flexibility lies with the payor parent. Under the *Guidelines*, the payor is only responsible for child support commensurate with income, but a retroactive reduction in support means a disruption to the certainty enjoyed by the child and the recipient. The recipient is entitled to expect that the existing order will be complied with unless they are in receipt of reasonable proof that a relevant change in the payor's circumstances has occurred. Again, the payor holds the relevant information and knows when there has been a decrease in income. It is in the payor's own best interest to use

pension alimentaire. Ce point exige d'autres éclaircissements, car il sera pertinent quant à la manière dont l'information réelle doit être définie dans les contextes d'augmentation et de réduction.

[77] Dans le cadre d'une demande d'augmentation rétroactive, le parent créancier recherche la souplesse d'une ordonnance rétroactive qui englobera le revenu plus élevé du parent débiteur, afin d'obtenir le versement du juste montant de la pension alimentaire pour enfants. C'est le parent débiteur qui a un certain intérêt à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité que procure une ordonnance du tribunal ou une entente existante (*D.B.S.*, par. 63). Cependant, cet intérêt est fortement restreint par le principe de l'époque des *Lignes directrices* selon lequel toute augmentation du revenu se traduit par une augmentation de la pension alimentaire. Le parent débiteur ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que ses obligations alimentaires envers ses enfants demeurent statiques s'il connaît une augmentation importante de son revenu. Compte tenu de la structure des *Lignes directrices*, la seule véritable « certitude » face aux fluctuations de revenu est que le parent débiteur est tenu de payer le montant figurant dans les tables en fonction de son revenu réel. Qui plus est, le parent débiteur qui doit des arriérés ne peut échapper à une augmentation rétroactive en invoquant son intérêt à bénéficier de la certitude, car il ne peut prétendre s'être appuyé sur l'ordonnance pour organiser ses affaires (*Gray*, par. 51; *MacEachern c. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68, par. 89).

[78] Inversement, dans une demande de réduction rétroactive, comme il est indiqué dans l'arrêt *D.B.S.*, par. 98, l'intérêt à bénéficier de la certitude appartient au parent créancier et à l'enfant, alors que l'intérêt à bénéficier de la souplesse appartient au parent débiteur. Selon les *Lignes directrices*, le parent débiteur n'est tenu de payer la pension alimentaire pour enfants qu'à proportion de son revenu, mais une réduction rétroactive de la pension alimentaire se traduit par une perturbation de la certitude dont bénéficient l'enfant et le parent créancier. Ce dernier est en droit de s'attendre à ce que l'ordonnance existante soit respectée, à moins qu'on lui fournisse une preuve raisonnable qu'un changement pertinent de la situation du parent débiteur s'est produit. Encore une

this knowledge to notify the recipient of the change in circumstances and take steps to formally vary a child support order.

[79] In my view, the role of para. 98 of *D.B.S.* is to capture these salient differences which demand a distinct balancing of interests in retroactive decrease and increase cases. Paragraph 98 does not preclude this Court from employing the four *D.B.S.* factors, with necessary modification, as part of a unified framework to govern increase and decrease variation applications under s. 17. Indeed, there is good reason to do so, as the *D.B.S.* factors will assist the court in weighing the equities and reaching a fair balancing of certainty, flexibility and the child's right to support based on income.

(c) *The Presumptive Date of Retroactivity*

[80] Even before the *D.B.S.* factors come into play, the choice of the presumptive date of retroactivity itself aims to reach a preliminary balancing of these competing interests. Although the general preference for effective notice as the presumptive date in increase cases may need to be revisited for the reasons previously stated, for retroactive decreases, this presumptive date properly reflects the recipient's informational disadvantage and represents a fair balancing of certainty and flexibility. As such, once the payor establishes a change in circumstances, a presumption arises in favour of varying support to the date of effective notice, up to three years before formal notice.

[81] In this section, I outline why this presumption strikes the right balance between relevant interests;

fois, le parent débiteur dispose des renseignements pertinents et sait quand il y a eu une diminution de revenu. Il y va de son intérêt de se servir de ces renseignements pour aviser le parent créancier du changement de situation et pour prendre des mesures visant à modifier formellement l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant.

[79] À mon avis, le rôle du par. 98 de l'arrêt *D.B.S.* est de cerner ces différences importantes, qui exigent une mise en balance distincte des intérêts selon qu'il s'agit d'une demande de réduction ou d'augmentation rétroactive. Le paragraphe 98 n'empêche pas notre Cour d'employer les quatre facteurs énoncés dans cet arrêt, avec les modifications qui s'imposent, comme faisant partie d'un cadre d'analyse unifié pour régir les demandes de modifications à la hausse ou à la baisse présentées en vertu de l'art. 17. D'ailleurs, il y a de bonnes raisons de le faire, puisque les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* aideront le tribunal à apprécier l'équité de l'affaire et à établir un juste équilibre entre la certitude, la souplesse et le droit de l'enfant au soutien alimentaire en fonction du revenu du parent débiteur.

c) *La date de rétroactivité présumée*

[80] Même avant que les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* entrent en jeu, le choix de la date de rétroactivité présumée a lui-même pour but d'établir un équilibre préliminaire entre ces intérêts opposés. Bien qu'il puisse être nécessaire de revoir, pour les raisons énoncées précédemment, la solution généralement préconisée dans les affaires d'augmentation, soit de retenir la date de l'information réelle comme date présumée, dans le cas des réductions rétroactives, cette date présumée reflète bien le désavantage du parent créancier au titre de l'information, et représente une mise en balance équitable de la certitude et de la souplesse. Par conséquent, dès lors que le parent débiteur établit qu'il y a eu changement de situation, une présomption prend naissance en faveur de la modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel.

[81] Dans la présente partie, j'explique pourquoi cette présomption établit le juste équilibre entre les

what is meant by “effective notice” in decrease cases; the role of the three-year rule; and the appropriate date of retroactivity where the payor has not given effective notice.

(i) The Rationale for Effective Notice as the Presumptive Date of Retroactivity in Decrease Cases

[82] The presumption in decrease cases that support will be reduced back to the date of effective notice strikes a fair balance between the certainty interest of the child and recipient and the payor’s interest in flexibility. While recipients should be aware that support in the *Guidelines* era varies with payor income, they are at an informational disadvantage. The recipient is entitled to rely on the court order or agreement in the absence of proper communication and disclosure by the payor showing a decrease in income that is lasting and genuine (*H.G.S. v. J.R.M.*, 2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404, at para. 87). As the Court of Appeal stated in this case, “the support amount provided for in the prior order or agreement will have formed a part of the recipient parent’s budget and the support recipient often will have undertaken financial obligations premised on the continuation of the support set out in the order” (para. 26).

[83] A retroactive decrease will mean less funds, a possible set-off and even a repayment from the recipient to the payor. This in turn implicates and intensifies the certainty interest of the child and the recipient who have relied on the prior court order. It will generally be more difficult to adjust to the receipt of lesser, rather than greater amounts of support, increasing the likelihood and severity of hardship. Those with lower incomes will have less ability to absorb negative financial events.

intérêts pertinents; ce qu’on entend par « information réelle » dans les affaires de réduction de la pension alimentaire; le rôle que joue la règle des trois ans; et la date de rétroactivité appropriée lorsqu’il n’y a pas eu information réelle par le parent débiteur.

(i) La raison justifiant l’adoption de la date d’information réelle comme date de rétroactivité présumée dans les affaires de réduction de la pension alimentaire

[82] Dans les affaires de réduction de la pension alimentaire, la présomption selon laquelle celle-ci sera réduite rétroactivement à la date d’information réelle établit un juste équilibre entre l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude et l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. Bien que le parent créancier soit censé savoir que le soutien alimentaire, à l’époque des *Lignes directrices*, varie en fonction du revenu du parent débiteur, il est désavantagé sur le plan de l’information. En l’absence d’une communication adéquate du parent débiteur indiquant une baisse de revenu qui est durable et réelle, le parent créancier peut s’appuyer sur l’ordonnance du tribunal ou sur l’entente (*H.G.S. c. J.R.M.*, 2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404, par. 87). Comme l’a affirmé la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « le montant de la pension alimentaire prévu dans l’ordonnance ou l’entente antérieure aura fait partie du budget du parent créancier et le créancier alimentaire assumera souvent des obligations financières en fonction du maintien de la pension alimentaire énoncée dans l’ordonnance » (par. 26).

[83] Une réduction rétroactive équivaut à moins d’argent, une possible compensation et même un remboursement du parent créancier au parent débiteur. Cela fait intervenir et accroît l’intérêt à bénéficier de la certitude qu’ont l’enfant et le parent créancier, qui ont compté sur l’ordonnance antérieure du tribunal. Il sera généralement plus difficile de s’ajuster à la réception d’un montant moindre plutôt que d’un montant accru de soutien alimentaire, ce qui augmente la probabilité de difficultés et la gravité de celles-ci. Les personnes qui ont des revenus plus faibles seront moins en mesure de composer avec des événements financiers défavorables.

[84] The best interests of the child lie in predictability and stability of household finances. The *Guidelines* contemplate that a drop in payor income may lead to a drop in the child's standard of living, just as it would if the parents were still together. However, payors must promptly communicate such changes to the recipient, just as they would if the parents had not separated, and move to have the terms of the order or agreement changed to restore certainty to child support arrangements between the parties. This ensures that the child is impacted as little as possible by the parents' separation and continues to benefit from predictable and regular support from the payor parent. A drop in support can be presumed to have detrimental impacts on the child, but ongoing communication and disclosure cushions those impacts and preserves the child's best interests to the fullest extent possible. For these reasons, in the absence of effective notice of a drop in payor income, certainty and predictability for the child are to be prioritized over the payor's interest in flexibility.

[85] The payor's interest in flexibility comes to the forefront once effective notice is given (*H.G.S.*, at para. 82). As such, by making the date of effective notice the presumptive date of retroactivity, the framework preserves ample flexibility for the payor. The presumption also provides payors with the certainty of knowing that any material change in income should be disclosed. Not only is the payor the one who is aware of their financial situation, but they also control the date on which they disclose that information. The payor therefore has control over the date of notice and the date of retroactivity.

(ii) Effective Notice

[86] What qualifies as "effective notice" must be viewed in light of the information asymmetry between the parties and the way that certainty, flexibility and the child's best interests play out in retroactive

[84] L'intérêt de l'enfant se situe dans la prévisibilité et la stabilité des finances du ménage. Les *Lignes directrices* prévoient qu'une baisse du revenu du parent débiteur peut entraîner une baisse du niveau de vie de l'enfant, tout comme si les parents faisaient encore vie commune. Toutefois, le parent débiteur doit rapidement communiquer de tels changements au parent créancier, tout comme il le ferait s'ils ne s'étaient pas séparés, et demander que les modalités de l'ordonnance ou de l'entente soient modifiées pour rétablir la certitude des ententes relatives au soutien alimentaire des enfants conclues par les parties. Cela fait en sorte que l'enfant subit le moins possible d'effets de la séparation des parents et continue de bénéficier d'une pension alimentaire prévisible et régulière du parent débiteur. On peut présumer qu'une baisse de la pension alimentaire aura des effets préjudiciables sur l'enfant, mais la communication continue atténue ces effets et protège l'intérêt de l'enfant dans toute la mesure possible. Pour ces raisons, en l'absence d'information réelle concernant une baisse du revenu du parent débiteur, il faut accorder la priorité à la certitude et la prévisibilité pour l'enfant plutôt qu'à l'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse.

[85] L'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse passe à l'avant-plan dès lors qu'il y a information réelle (*H.G.S.*, par. 82). Par conséquent, en faisant de la date d'information réelle la date de rétroactivité présumée, le cadre d'analyse assure amplement de souplesse pour le parent débiteur. La présomption procure en outre au parent débiteur la certitude que tout changement important de revenu doit être signalé. Non seulement le parent débiteur est celui qui connaît sa propre situation financière, mais il contrôle aussi la date à laquelle il communique ces renseignements. Le parent débiteur a donc le contrôle sur la date de l'information réelle et la date de rétroactivité.

(ii) L'information réelle

[86] Ce que constitue l'« information réelle » doit s'apprécier à la lumière de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties et du rôle que jouent la certitude, la souplesse et l'intérêt de l'enfant dans

decrease cases. When a recipient seeks a retroactive increase, the Court held in *D.B.S.* that the recipient will have provided effective notice simply by broaching the topic of a potential increase (para. 121). This low bar was justified by the recipient's informational disadvantage. Regardless of whether the recipient had given notice, the payor knew when their own income had increased and must be taken to know that more income means more support.

[87] In the decrease context, by contrast, experience has shown that it is not enough for the payor to merely broach the subject of a reduction of support with the recipient. A payor seeking a retroactive decrease has the informational advantage. The presumptive date of retroactivity must encourage payors to communicate with recipients on an ongoing basis and move with reasonable dispatch to formalize a decrease through a court order or change to a pre-existing agreement. The timing and extent of disclosure will be a critical consideration in ascertaining whether and when effective notice has been given and determining whether to depart from the presumptive date of retroactivity.

[88] In decrease cases, therefore, courts have recognized that effective notice must be accompanied by “reasonable proof” that is sufficient to allow the recipient to “independently assess the situation in a meaningful way and respond appropriately” (*Gray*, at para. 62, citing *Corcios*, at para. 55; *Templeton*, at para. 51). This ensures that effective notice provides a realistic starting point for negotiations and allows the recipient to adjust expectations, make necessary changes to lifestyle and expenditures, and make informed decisions (*Hrynkow v. Gosse*, 2017 ABQB 675, at para. 13 (CanLII); *Hodges v. Hodges*, 2018 ABCA 197, at para. 10 (CanLII)).

les affaires de réduction rétroactive de la pension alimentaire. Dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour a statué que lorsque le parent créancier sollicite une augmentation rétroactive, il y aura eu information réelle par le simple fait qu'il a abordé le sujet d'une augmentation éventuelle (par. 121). Ce critère peu exigeant se justifiait par le désavantage du parent créancier au titre de l'information. Qu'il y ait eu ou non information réelle de la part du parent créancier, le parent débiteur savait à quel moment son propre revenu a augmenté et il est censé savoir qu'un revenu plus élevé signifie une pension alimentaire plus élevée.

[87] En revanche, dans le contexte d'une réduction, l'expérience enseigne qu'il ne suffit pas que le parent débiteur aborde simplement le sujet d'une réduction de la pension alimentaire avec le parent créancier. Le parent débiteur qui sollicite une réduction rétroactive a un avantage sur le plan de l'information. La date de rétroactivité présumée doit inciter le parent débiteur à communiquer de façon continue avec le parent créancier et à agir avec une célérité raisonnable pour officialiser une réduction par voie d'ordonnance judiciaire ou de modification à une entente préexistante. Le moment où la communication est faite et l'étendue de celle-ci seront des considérations cruciales dans l'appréciation des questions de savoir s'il y a eu information réelle et, le cas échéant, à quel moment, ainsi que s'il y a lieu de déroger à la date de rétroactivité présumée.

[88] En conséquence, dans les affaires de réduction de la pension alimentaire, les tribunaux ont reconnu que l'information réelle devait être accompagnée d'une [TRADUCTION] « preuve raisonnable » suffisante pour permettre au parent créancier « d'évaluer la situation d'une façon indépendante et concrète et d'y donner suite comme il se doit » (*Gray*, par. 62, citant *Corcios*, par. 55; *Templeton*, par. 51). Cela fait en sorte que l'information réelle constitue un point de départ réaliste pour les négociations et permet au parent créancier d'ajuster ses attentes, d'apporter les changements nécessaires à son train de vie et à ses dépenses et de prendre des décisions éclairées (*Hrynkow c. Gosse*, 2017 ABQB 675, par. 13 (CanLII); *Hodges c. Hodges*, 2018 ABCA 197, par. 10 (CanLII)).

[89] In some cases, such as where the payor is incarcerated or suffers a serious health setback, clear communication may be sufficient to meet the requirements of effective notice. In other cases, the payor may not have access to full income information at the time notice is given, but should provide proof of the change in circumstances by promptly obtaining and disclosing available documents, such as those demonstrating new employment, reduction of salary or termination of employment. Even where a diligent payor believes in good faith that a decrease in income will be temporary, the most prudent course of action is nevertheless to communicate the change to the recipient and provide information which substantiates the claimed change in circumstance.

[90] After communicating a change and providing available documents, a payor maintains “an ongoing obligation to engage in meaningful dialogue with the recipient, advise the recipient of changes in their circumstances that may impact their ability to pay support and voluntarily disclose pertinent information so that the recipient can continue to independently assess the situation and react appropriately” (*Templeton*, at para. 52). Failure to do so may impact the period of retroactivity when the court applies the discretionary *D.B.S.* factors. Further, effective notice of an initial change in income will not amount to effective notice of subsequent changes (*Corcios*, at para. 55).

(iii) The Three-Year Rule

[91] Even where the payor has given proper effective notice, the period of retroactivity is presumed to extend no further than three years before the date of formal notice. This three-year presumptive rule was established by the majority in *D.B.S.* to incentivize recipients seeking a retroactive variation to move

[89] Dans certains cas, comme lorsque le parent débiteur est incarcéré ou a un problème de santé grave, une communication claire peut être suffisante pour satisfaire aux exigences de l’information réelle. Dans d’autres cas, il se peut que le parent débiteur n’ait pas accès à tous les renseignements sur son revenu au moment où il avise le parent créancier. Il doit alors fournir une preuve du changement de situation en obtenant et en communiquant rapidement les documents disponibles, comme ceux qui font état d’un nouvel emploi, d’une réduction de salaire ou d’une cessation d’emploi. Même lorsque le parent débiteur diligent croit de bonne foi qu’une réduction de revenu sera temporaire, la façon la plus prudente d’agir consiste néanmoins à communiquer le changement au parent créancier et à fournir les renseignements qui corroborent le changement de situation allégué.

[90] Après avoir communiqué un changement et fourni les documents disponibles, le parent débiteur demeure tenu à [TRADUCTION] « une obligation continue d’entretenir un véritable dialogue avec le parent créancier, d’informer celui-ci de changements à sa situation susceptibles d’avoir une incidence sur sa capacité de verser la pension alimentaire et de communiquer volontairement les renseignements pertinents, de sorte que le parent créancier puisse continuer à évaluer de façon indépendante la situation et réagir comme il se doit » (*Templeton*, par. 52). Le non-respect de cette obligation peut avoir une incidence sur la période de rétroactivité lorsque le tribunal applique les facteurs discrétionnaires énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* Qui plus est, le fait que le parent créancier ait réellement informé le parent débiteur d’un changement initial à son revenu n’équivaudra pas à l’avoir réellement informé de changements subséquents (*Corcios*, par. 55).

(iii) La règle des trois ans

[91] Même dans les cas où il y a dûment eu information réelle par le parent débiteur, la période de rétroactivité est présumée ne pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. Cette présomption de rétroactivité de trois ans a été établie par les juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* pour inciter

discussions forward and to protect the payor's certainty interests (para. 123).

[92] This three-year rule has been applied for parallel reasons in the retroactive decrease context, as it was by the Court of Appeal in this case (para. 27; see also *Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 61; *H.G.S.*, at paras. 94-95 and 105-8). The informational asymmetry between the parties means the recipient will often lack the requisite information to know whether the change in circumstances communicated by the payor at the time of effective notice continues to reflect the payor's situation. Thus, a lengthy "period of inactivity after effective notice may indicate that the [recipient] parent's reasonable interest in certainty has returned" (*D.B.S.*, at para. 123). The longer the delay, the greater the recipient's reliance on and certainty interest in the unchallenged order (*Brown v. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401 ("*Barber*"), at para. 35).

[93] The presumptive three-year limit allows the parties time to negotiate but recognizes that the payor must commence proceedings in a timely manner if negotiations fail in order to protect the certainty interests of the child and recipient (*Corcios*, at para. 55). Payors should not be encouraged to wait until an enforcement agency takes steps to enforce an order to bring an application to vary. Further, as the interveners West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women's Legal Education and Action Fund Inc. point out, given the pervasiveness of deficient disclosure in family law, recipients may often have good reason to doubt the adequacy of disclosure provided with effective notice. Resulting disputes about disclosure and payor income can only be resolved through formal proceedings, and those proceedings must be commenced in a timely manner to restore certainty to child support arrangements between the parties.

les parents créanciers qui sollicitent une modification rétroactive à faire progresser les discussions et pour protéger les intérêts du parent débiteur à bénéficier de la certitude (par. 123).

[92] Cette règle de trois ans a été appliquée pour des raisons analogues dans le contexte de la réduction rétroactive, comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce (par. 27; voir aussi *Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 61; *H.G.S.*, par. 94-95 et 105-108). L'asymétrie au titre de l'information entre les parties signifie que dans bien des cas, le parent créancier n'aura pas les renseignements qu'il lui faut pour savoir si le changement de situation communiqué par le parent débiteur à la date d'information réelle correspond toujours à la situation de ce dernier. En conséquence, une longue « période d'inaction pourra de nouveau conforter le parent [créancier] dans sa certitude » (*D.B.S.*, par. 123). Plus le délai est long, plus le parent créancier se fiera à l'ordonnance non contestée et à la certitude qu'elle lui procure (*Brown c. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401 (« *Barber* »), par. 35).

[93] La limite de trois ans censée s'appliquer donne aux parties le temps de négocier, mais reconnaît que le parent débiteur doit introduire une instance en temps utile si les négociations échouent afin de protéger les intérêts de l'enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude (*Corcios*, par. 55). Il ne faut pas encourager les parents débiteurs à attendre qu'un organisme d'exécution prenne des mesures à l'égard d'une ordonnance pour présenter une demande de modification. De plus, comme le soulignent les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, compte tenu de l'omniprésence des communications insuffisantes en droit de la famille, les parents créanciers ont souvent de bonnes raisons de douter du caractère adéquat des renseignements fournis lors de l'information réelle. Les différends qui peuvent s'ensuivre à propos de la communication et du revenu du parent débiteur ne peuvent être réglés que dans le cadre d'une instance formelle, et celle-ci doit être introduite en temps utile afin de rétablir la certitude des ententes relatives au soutien alimentaire des enfants conclues par les parties.

[94] The presumptive three-year limit is also justified by evidentiary concerns. Reliable evidence is required to determine the payor's income. The best evidence of income or ability to earn income is generally more readily available closer to the time that the income is earned (*Janik v. Drotlef*, 2018 ONCJ 287, at para. 230 (CanLII)). If the payor delays in bringing an application, it may be more difficult to produce reliable and full documentation on income. This leaves recipients and courts to bridge the gaps through guesswork, adverse inferences and the imputation of income. Timely disclosure and applications to vary must be incentivized to preserve procedural fairness to the recipient and ensure the court has access to the information necessary to determine whether a material change in circumstances has occurred and to quantify support. Three years provide ample time. The legislature could step in to address these concerns by imposing a presumptive limitation period of a longer or shorter duration. For example, in Quebec, "in no case where the arrears claimed have been due for over six months may the debtor be released from payment of them unless he shows that it was impossible for him to exercise his right to obtain a review of the judgment fixing the support" (*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 596 para. 2).

(iv) Where No Effective Notice Given

[95] Where no effective notice was given before proceedings were commenced, the start date of the variation will generally be the date of formal notice. However, this result is not automatic. Disclosure remains a relevant factor. For instance, if three years have elapsed since a motion to change was served on the recipient, but full and frank disclosure is only provided on the eve of the hearing, the payor parent generally should not benefit from a decrease for the period between the date of formal notice and the time of disclosure. Payors should not be rewarded for breaching disclosure obligations in the *Guidelines*, the rules of court, and other legislation. Slipshod or misleading disclosure deprives the parties of an

[94] La limite de trois ans censée s'appliquer se justifie également par des préoccupations liées à la preuve. Une preuve fiable est nécessaire pour déterminer le revenu du parent débiteur. La meilleure preuve du revenu ou de la capacité de gagner un revenu est généralement plus facile à obtenir à une date rapprochée de celle où le revenu est gagné (*Janik c. Drotlef*, 2018 ONCJ 287, par. 230 (CanLII)). Si le parent débiteur tarde à présenter une demande, il peut devenir plus difficile de produire une documentation fiable et complète sur le revenu. Cette situation obligerait le parent créancier et le tribunal à combler les lacunes par des conjectures, des inférences défavorables et l'attribution d'un revenu. Il faut encourager la communication et la présentation en temps utile de demandes de modification de la pension alimentaire afin de préserver l'équité procédurale pour le parent créancier, et afin de faire en sorte que le tribunal ait accès aux renseignements nécessaires pour établir si un changement de situation important s'est produit et quantifier la pension alimentaire. La période de trois ans donne amplement de temps. Le législateur pourrait intervenir pour régler ces préoccupations en imposant un délai plus long ou plus court de prescription s'appliquant par présomption. Par exemple, au Québec, « lorsque les arrérages sont dus depuis plus de six mois, le débiteur ne peut être libéré de leur paiement que s'il démontre qu'il lui a été impossible d'exercer ses recours pour obtenir une révision du jugement fixant la pension alimentaire » (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 596 al. 2).

(iv) Lorsqu'il n'y a pas eu information réelle

[95] Lorsqu'il n'y a pas eu information réelle avant l'introduction de l'instance, la date à laquelle remonte la modification sera généralement la date de l'avis formel. Toutefois, ce résultat n'est pas automatique. La communication demeure un facteur pertinent. Par exemple, si trois ans se sont écoulés depuis la signification d'une motion en modification au parent créancier, mais qu'une communication franche et complète n'a été fournie que la veille de l'audience, le parent débiteur ne devrait généralement pas bénéficier d'une réduction pour la période entre la date de l'avis formel et celle de la communication. Le parent débiteur ne devrait pas être récompensé pour avoir manqué aux obligations de



opportunity to negotiate between the date of formal notice and the hearing. However, if the payor can show a good reason for delayed disclosure, the court may vary back to the date of formal notice despite the delay. Payors facing such difficulties must be prepared to adduce evidence of their efforts to obtain the relevant documents in a timely fashion.

(d) *Discretion to Depart from the Presumption: The Four D.B.S. Factors*

[96] The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair in the circumstances of a particular case. In this section, I explore how the *D.B.S.* factors — adapted to suit the retroactive decrease context — help the court reach a fair balancing of the three interests at play, namely the child’s interest in a fair standard of support, the payor’s interest in flexibility, and the interest of the child and recipient in certainty. There is no fixed formula; none of the factors is determinative and they must be viewed holistically (*D.B.S.*, at para. 99).

(i) Understandable Reason for the Delay

[97] The first factor is whether the payor has an understandable reason for the delay in giving effective notice or seeking relief in the courts. Judges are well placed to assess whether the reasons proffered for the delay explain the extent of the payor’s inactivity. Where the payor has such a reason, fairness may militate in favour of extending the date of retroactivity to a time before the date of effective notice or not applying the three-year limit.

communication que lui imposent les *Lignes directrices*, les règles du tribunal et d’autres textes législatifs. Une communication déficiente ou trompeuse prive les parties d’une occasion de négocier entre la date de l’avis formel et l’audience. Toutefois, si le parent débiteur peut donner une bonne raison expliquant la communication tardive, le tribunal peut faire remonter la modification à la date de l’avis formel, malgré cette communication tardive. Les parents débiteurs aux prises avec de telles difficultés doivent être prêts à présenter des éléments de preuve de leurs efforts visant à obtenir les documents pertinents en temps utile.

d) *Le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption : les quatre facteurs de l’arrêt D.B.S.*

[96] Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption d’application de la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait injuste par ailleurs dans les circonstances d’un cas donné. Dans la présente partie, j’analyse comment les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* — adaptés au contexte de la réduction rétroactive — aident le tribunal à atteindre une juste pondération des trois intérêts en jeu, à savoir l’intérêt de l’enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire, l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse et l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. Il n’existe pas de formule figée; aucun de ces facteurs n’est déterminant et ils doivent être considérés dans leur ensemble (*D.B.S.*, par. 99).

(i) Une raison compréhensible justifiant le retard

[97] Le premier facteur consiste à se demander si le retard du parent débiteur à réellement informer le parent créancier ou à solliciter une réparation devant les tribunaux s’explique par une raison compréhensible. Les juges sont bien placés pour apprécier si les raisons du retard invoquées expliquent la mesure d’inactivité du parent débiteur. Lorsque le parent débiteur a une telle raison, l’équité peut militer en faveur de l’imposition d’une date de rétroactivité qui remonte à une date précédant la date d’information réelle ou de la non-application de la limite de trois ans.

[98] Understandable reasons for delay may include health problems or other difficulties that prevent the payor from confronting the situation, or an unwillingness to disrupt a fragile parent-child relationship (D. Smith, “Retroactive Child Support — An Update” (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209, at p. 239). The payor may also lack the financial or emotional wherewithal to proceed with the matter (*Brown*, at para. 34).

[99] In some cases, the recipient’s conduct may be at play, such as where the recipient threatens to withhold access or uses other tactics to discourage the payor from applying to reduce support. To ensure the child’s best interests are protected, recipient conduct is only a significant factor where the recipient is aware of the change in the payor’s circumstances and has therefore been able to plan for a possible reduction in support. Courts must also be cautious to distinguish bad faith on the part of the recipient from situations where recipient conduct results from safety concerns arising from a history of family violence.

[100] The recipient’s delay in enforcing arrears is irrelevant to the analysis (*Haisman v. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), at para. 46; *Templeton*, at para. 48). Courts must bear in mind that child support arrears are a debt. Under general principles of debtor-creditor law, the debtor is required to seek out and pay the creditor, and debts are not forgiven by the mere passage of time in the absence of a statutory limitation period (*Brown*, at para. 33).

(ii) The Payor’s Conduct

[101] The second factor is the payor’s conduct. Blameworthy conduct is conduct that has “the effect of privileging [the payor’s] interests over the child’s right to support” (*Goulding*, at para. 44 (emphasis in original); see also *D.B.S.*, at para. 106). The payor’s

[98] Les raisons compréhensibles justifiant un retard peuvent comprendre les problèmes de santé ou d’autres difficultés qui empêchent le parent débiteur de composer avec la situation, ou la réticence à perturber une relation parent-enfant fragile (D. Smith, « Retroactive Child Support — An Update » (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209, p. 239). Il se peut aussi que le parent débiteur ne dispose pas des moyens financiers ou émotifs pour agir (*Brown*, par. 34).

[99] Dans certains cas, le comportement du parent créancier pourrait jouer un rôle, par exemple lorsque celui-ci menace de priver le parent débiteur de son droit de visite ou emploie d’autres tactiques pour le dissuader de solliciter une réduction de la pension alimentaire. Pour que l’intérêt de l’enfant soit protégé, le comportement du parent créancier n’est un facteur important que si ce dernier a connaissance du changement de situation du parent débiteur et a donc été en mesure de prévoir une réduction éventuelle du soutien alimentaire. Les tribunaux doivent en outre prendre garde de faire la distinction entre la mauvaise foi du parent créancier et les situations où le comportement de celui-ci résulte de craintes pour la sécurité découlant d’antécédents de violence familiale.

[100] Le fait que le parent créancier ait tardé à exécuter l’arriéré n’est pas pertinent dans l’analyse (*Haisman c. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), par. 46; *Templeton*, par. 48). Les tribunaux doivent garder à l’esprit que l’arriéré de pension alimentaire pour enfants est une dette. Suivant les principes généraux du droit régissant les relations entre débiteurs et créanciers, il appartient au parent débiteur d’aller trouver le parent créancier et de le payer, et les dettes ne sont pas remises en raison du seul passage du temps en l’absence d’un délai de prescription prévu par la loi (*Brown*, par. 33).

(ii) Le comportement du parent débiteur

[101] Le deuxième facteur est le comportement du parent débiteur. Le comportement répréhensible désigne tout comportement qui a [TRANSCRIPTION] « pour effet de favoriser les intérêts [du parent débiteur] au détriment du droit de l’enfant au soutien

subjective intentions are rarely relevant (*Goulding*, at para. 44).

[102] The payor’s efforts to disclose and communicate will often be prominent considerations in assessing the payor’s conduct in the context of an application for a retroactive decrease of support. For example, if the payor provides effective notice but fails to communicate and disclose information on an ongoing basis after the date of effective notice, the payor’s silence may militate in favour of abbreviating the period of retroactivity. Conversely, if more than three years have passed between the date of effective notice and the date of formal notice, the court might consider declining to apply the three-year rule if the payor has made ongoing efforts to disclose, communicate and engage in dialogue with the recipient.

[103] The court may also consider whether the payor made voluntary payments against the arrears, continued to pay in accordance with their ability to pay, cooperated with enforcement agencies, and showed a willingness to support the child rather than evading child support obligations (see *DiFrancesco v. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A.), at para. 25). It should go without saying that a person who is subject to a child support order must “comply with the order until it is no longer in effect”, and this principle is now expressly enshrined in the *Divorce Act* “[f]or greater certainty” (s. 7.5). Genuine efforts to continue paying as much as the payor can will show good faith and a willingness to support the child.

(iii) Circumstances of the Child

[104] The circumstances of the child are the third factor. If the child has experienced hardship or is

alimentaire » (*Goulding*, par. 44 (en italique dans l’original); voir aussi *D.B.S.*, par. 106). Les intentions subjectives du parent débiteur sont rarement pertinentes (*Goulding*, par. 44).

[102] Les efforts déployés par le parent débiteur pour communiquer seront souvent des considérations importantes dans l’appréciation du comportement de ce dernier dans le contexte d’une demande de réduction rétroactive de la pension alimentaire. Par exemple, s’il y a eu information réelle par le parent débiteur, mais que celui-ci omet de communiquer des renseignements sur une base continue après la date d’information réelle, le silence du parent débiteur peut militer en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Inversement, si plus de trois ans se sont écoulés entre la date d’information réelle et la date de l’avis formel, il se peut que le tribunal envisage de ne pas appliquer la règle des trois ans si le parent débiteur a fait des efforts continus pour communiquer avec le parent créancier et engager un dialogue avec lui.

[103] Le tribunal peut également se demander si le parent débiteur a fait des paiements volontaires applicables à l’arriéré, s’il a continué de payer en fonction de sa capacité, s’il a collaboré avec les organismes d’exécution et s’il s’est montré disposé à subvenir aux besoins de l’enfant plutôt que de se soustraire à ses obligations alimentaires envers lui (voir *DiFrancesco c. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A.), par. 25). Il va sans dire qu’une personne assujettie à une ordonnance alimentaire au profit d’un enfant est tenue [TRADUCTION] « de s’y conformer jusqu’à ce que l’ordonnance cesse d’avoir effet », et ce principe est maintenant expressément consacré dans la *Loi sur le divorce*, comme l’indique l’expression introductive « [i]l est entendu que » (art. 7.5). Les efforts véritables déployés par le parent débiteur pour continuer à payer dans la mesure de ses moyens témoigneront de sa bonne foi et de sa volonté de subvenir aux besoins de l’enfant.

(iii) La situation de l’enfant

[104] La situation de l’enfant est le troisième facteur. Si l’enfant a connu des difficultés ou s’il est

currently in need, this factor militates in favour of a shorter period of retroactivity.

[105] Another relevant consideration is whether the retroactive decrease would result in an order requiring the recipient to repay support to remedy an overpayment. The framework under s. 17 of the *Divorce Act* should not penalize payors for having continued to pay the full amount of support under an order or agreement after they experience a drop in income. However, reimbursement or set-off may cause hardship for the child and recipient. As such, where repayment is a possibility, it is even more important for the payor to give the recipient prompt notice of the decrease in their income — complete with disclosure enabling the recipient to meaningfully assess the extent of any potential future repayment — and move with reasonable diligence to seek a formal variation (*Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 60; see also *Fleury v. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92, at para. 32).

[106] In cases involving claims of overpayment, it will rarely be appropriate, given the recipient's absence of knowledge, to retroactively decrease support to a date before the recipient could have expected that child support payments received from the payor might need to be repaid at some future date. This approach protects the child's best interests and the recipient's certainty interest, while allowing payors who have overpaid to seek a retroactive decrease as long as the recipient has been given proper notice and disclosure.

(iv) Hardship

[107] The final factor is hardship to the payor if the period of retroactivity is not lengthened beyond the presumptive date. The payor must adduce evidence to “establish real facts” supporting a finding of hardship (*Goulding*, at para. 57). Bald assertions are not

dans le besoin, ce facteur milite en faveur d'une période de rétroactivité plus courte.

[105] Une autre considération pertinente est celle de savoir si la réduction rétroactive donnerait lieu à une ordonnance obligeant le parent créancier à rembourser des prestations alimentaires pour rectifier un trop-payé. Le cadre d'application de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ne doit pas pénaliser les parents débiteurs qui ont continué de payer le plein montant de la pension alimentaire conformément à une ordonnance ou une entente après avoir connu une baisse de revenu. Toutefois, un remboursement ou une compensation est susceptible de causer des difficultés à l'enfant et au parent créancier. Par conséquent, lorsque le remboursement est une possibilité, il est encore plus important que le parent débiteur avise rapidement le parent créancier de la réduction de son revenu — en lui communiquant les renseignements qui lui permettent d'évaluer concrètement l'ampleur de tout remboursement futur éventuel — et procède avec diligence raisonnable pour solliciter une modification officielle (*Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 60; voir aussi *Fleury c. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92, par. 32).

[106] Dans les cas où un trop-payé est allégué, il sera rarement approprié, en raison du fait que le parent créancier n'avait pas été informé, de réduire rétroactivement la pension alimentaire à partir d'une date antérieure à celle où le parent créancier aurait pu s'attendre à ce que les versements de la pension alimentaire pour enfants reçus du parent débiteur doivent être remboursés ultérieurement. Cette approche protège l'intérêt de l'enfant ainsi que l'intérêt du parent créancier à bénéficier de la certitude, tout en permettant au parent débiteur qui a trop payé de demander une réduction rétroactive, pourvu que le parent créancier en ait été dûment avisé et informé.

(iv) Les difficultés

[107] Le dernier facteur correspond aux difficultés causées au parent débiteur si la période de rétroactivité n'est pas allongée au-delà de la date présumée. Le parent débiteur doit présenter des éléments de preuve pour [TRADUCTION] « établir des faits

enough (*ibid.*). The payor must also provide a complete picture of their financial situation, including income, assets and debts. For example, in this case, an assessment of hardship requires consideration of not only Mr. Colucci's present income and future earning capacity, but also the funds he received from his mother's estate and any other assets.

[108] A showing of hardship will not automatically justify a departure from the presumed date of retroactivity. Hardship carries much less weight where brought on by the payor's own unreasonable failure to make proper disclosure and give notice to the recipient (*D.B.S.*, at para. 116). Hardship to the payor must also be viewed in the context of hardship to the recipient and child if the court were to extend the period of the retroactive decrease (*Goulding*, at para. 56). It is a holistic and relative assessment (*Michel*, at para. 100, per Martin J.).

(e) *Quantum and Terms of Variation Order*

[109] If retroactive variation is appropriate, quantum is governed by the statutory scheme that applies to the award (*D.B.S.*, at para. 126). In this case, the *Guidelines* apply in determining the quantum of support. The *Guidelines* leave some space for discretion, such as when there is undue hardship within the meaning of s. 10. As in the prospective context, the court may also impute income under s. 19 of the *Guidelines*, such as where the payor has been intentionally under-employed or has unreasonably deducted expenses from income. Blameworthy conduct by the payor may be considered in setting interest or costs (*Michel*, at para. 119, per Martin J.).

concrets » permettant de conclure qu'il subira des difficultés (*Goulding*, par. 57). De simples affirmations ne suffisent pas (*ibid.*). Le parent débiteur doit aussi broser un tableau complet de sa situation financière, ce qui comprend son revenu, son actif et ses dettes. Par exemple, en l'espèce, l'évaluation des difficultés exige l'examen non seulement du revenu actuel de M. Colucci et de sa capacité future de gain, mais aussi des sommes d'argent qu'il a reçues de la succession de sa mère et de tout autre actif, le cas échéant.

[108] Une démonstration de l'existence de difficultés ne justifie pas automatiquement que l'on déroge à la date de rétroactivité présumée. Les difficultés revêtent une importance bien moindre lorsqu'elles sont causées par la propre omission déraisonnable du parent débiteur de communiquer adéquatement les renseignements au parent créancier et de l'aviser de sa situation (*D.B.S.*, par. 116). Les difficultés causées au parent débiteur doivent également être considérées dans le contexte de celles causées au parent créancier et à l'enfant si le tribunal allongeait la période de la réduction rétroactive (*Goulding*, par. 56). Il s'agit d'une évaluation holistique et relative (*Michel*, par. 100, la juge Martin).

e) *Le montant et les conditions de l'ordonnance modificative*

[109] Si une modification rétroactive est appropriée, le montant est régi par le régime législatif applicable à l'ordonnance (*D.B.S.*, par. 126). En l'espèce, ce sont les *Lignes directrices* qui s'appliquent pour la détermination du montant de la pension alimentaire. Les *Lignes directrices* confèrent une certaine latitude pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, par exemple lorsqu'il y a difficultés excessives au sens de l'art. 10. Comme dans le contexte prospectif, le tribunal peut aussi attribuer un revenu en application de l'art. 19 des *Lignes directrices*, par exemple lorsque le parent débiteur a choisi d'être sous-employé ou a déduit de façon déraisonnable des dépenses de son revenu. Le comportement répréhensible du parent débiteur peut être pris en compte dans le calcul des intérêts ou des dépens (*Michel*, par. 119, la juge Martin).

[110] Full and complete disclosure is required to quantify the appropriate amount of support for the period of retroactivity, just as it would be when quantifying prospective support (*Brown*, at para. 20). The onus is on the payor to show the extent to which their income decreased during the period of retroactivity (*Templeton*, at para. 65). If the payor fails to provide all relevant evidence required for the court to fully appreciate their true income during any part of the period of retroactivity, the court may draw an adverse inference against the payor (*Templeton*, at para. 67). The payor must also make complete disclosure of their current financial circumstances if seeking a periodic payment plan or temporary suspension on hardship grounds.

[111] Finally, while the above framework facilitates fair resolution of disputes after the fact, parties, counsel and the courts should be mindful of best practices designed to obviate the need to resort to the courts. Given the prevalence of fluctuating income, the preferred solution — absent family violence — is a yearly recalculation of child support based on disclosure of updated income. Some provinces offer an administrative recalculation service (see, e.g., *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 39.1(2)) and/or free family mediation services if the parties cannot agree on a change in support following a change in the payor's income (see, e.g., family justice counsellors in British Columbia: *Family Law Act*, s. 10).

[112] Where an application under s. 17 of the *Divorce Act* has become necessary because the parties have not recalculated support regularly, courts should consider including a term in the order to obviate the need for future retroactive applications. The court might include an order requiring parties whose income is necessary to determine the amount of support to advise each other promptly of changes

[110] Une communication franche et complète est nécessaire en vue de quantifier le montant approprié de la pension alimentaire pour la période de rétroactivité, tout comme elle le serait lorsqu'on quantifie le soutien alimentaire pour l'avenir (*Brown*, par. 20). Il appartient au parent débiteur de démontrer la mesure dans laquelle son revenu a diminué au cours de la période de rétroactivité (*Templeton*, par. 65). Si le parent débiteur ne fournit pas tous les éléments de preuve pertinents dont le tribunal a besoin pour apprécier pleinement son revenu véritable au cours d'une partie de la période de rétroactivité, le tribunal peut tirer une inférence défavorable à celui-ci (*Templeton*, par. 67). Le parent débiteur doit en outre faire la communication complète de sa situation financière actuelle s'il sollicite un plan de versements périodiques ou une suspension temporaire en raison de difficultés.

[111] Enfin, bien que le cadre mentionné plus tôt facilite le règlement équitable des différends après le fait, les parties, les avocats et les tribunaux doivent garder à l'esprit les pratiques exemplaires conçues pour écarter la nécessité d'avoir recours aux tribunaux. Compte tenu de la fréquence des fluctuations de revenu, la solution à privilégier — en l'absence de violence familiale — est un nouveau calcul annuel de la pension alimentaire pour enfants en fonction des renseignements à jour communiqués sur le revenu. Certaines provinces offrent un service administratif de nouveau calcul (voir, p. ex., la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, par. 39.1(2)) ou des services gratuits de médiation familiale si les parties ne s'entendent pas sur une modification de la pension alimentaire à la suite d'un changement de revenu du parent débiteur (voir, p. ex., les conseillers en justice familiale en Colombie-Britannique : *Family Law Act*, art. 10).

[112] Lorsqu'une demande fondée sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* devient nécessaire parce que les parties n'ont pas recalculé régulièrement la pension alimentaire, les tribunaux devraient envisager d'inclure une modalité dans l'ordonnance pour écarter la nécessité de futures demandes rétroactives. Le tribunal pourrait inclure une modalité obligeant les parties dont les renseignements sur le revenu sont

in income and to exchange the information listed in s. 21(1) of the *Guidelines* on an annual basis (see, e.g., *Corcios*, at para. 76; *Burchill*, at para. 64). The court might also consider a term providing that parties are to recalculate support on an annual basis and, if unable to agree, may apply to the court for a determination of the amount payable (*D.B.S. (C.A.)*, at para. 94; N. Bakht et al., “*D.B.S. v. S.G.R.: Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support*” (2006), 18 *C.J.W.L.* 535, at p. 556).

(f) *Summary*

[113] To summarize, where the payor applies under s. 17 of the *Divorce Act* to retroactively decrease child support, the following analysis applies:

- (1) The payor must meet the threshold of establishing a past material change in circumstances. The onus is on the payor to show a material decrease in income that has some degree of continuity, and that is real and not one of choice.
- (2) Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively decreasing child support to the date the payor gave the recipient effective notice, up to three years before formal notice of the application to vary. In the decrease context, effective notice requires clear communication of the change in circumstances accompanied by the disclosure of any available documentation necessary to substantiate the change and allow the recipient parent to meaningfully assess the situation.
- (3) Where no effective notice is given by the payor parent, child support should generally be varied back to the date of formal notice, or a later date

nécessaires pour établir le montant de la pension alimentaire à s’informer rapidement l’une l’autre de changements de revenu et à s’échanger annuellement les renseignements indiqués au par. 21(1) des *Lignes directrices* (voir, p. ex., *Corcios*, par. 76; *Burchill*, par. 64). Le tribunal pourrait en outre envisager une modalité prévoyant que les parties devront recalculer annuellement la pension alimentaire et que, si elles sont incapables de s’entendre, elles pourront s’adresser au tribunal pour la détermination du montant payable (*D.B.S. (C.A.)*, par. 94; N. Bakht et autres, « *D.B.S. v. S.G.R. : Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support* » (2006), 18 *R.F.D.* 535, p. 556).

f) *Résumé*

[113] En résumé, lorsque le parent débiteur présente une demande fondée sur l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* sollicitant la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants, l’analyse qui suit s’applique :

- (1) Le parent débiteur doit satisfaire à la condition préliminaire qui consiste à établir qu’il y a eu un changement important antérieur à sa situation. Il appartient au parent débiteur de démontrer une baisse substantielle de revenu qui a une certaine continuité, et qui est réelle et ne procède pas d’un choix.
- (2) Dès qu’un changement de situation important est établi, une présomption prend naissance en faveur d’une réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier, jusqu’à trois ans avant l’avis formel de la demande de modification. Dans le contexte d’une réduction, l’information réelle exige une communication claire du changement de situation, accompagnée de tous les documents disponibles nécessaires pour corroborer le changement et permettre au parent créancier de bien évaluer la situation.
- (3) Lorsque le parent débiteur n’a pas réellement informé le parent créancier, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être modifiée à

where the payor has delayed making complete disclosure in the course of the proceedings.

- (4) The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair. The *D.B.S.* factors (adapted to the decrease context) guide this exercise of discretion. Those factors are: (i) whether the payor had an understandable reason for the delay in seeking a decrease; (ii) the payor's conduct; (iii) the child's circumstances; and (iv) hardship to the payor if support is not decreased (viewed in context of hardship to the child and recipient if support *is* decreased). The payor's efforts to pay what they can and to communicate and disclose income information on an ongoing basis will often be a key consideration under the factor of payor conduct.
- (5) Finally, once the court has determined that support should be retroactively decreased to a particular date, the decrease must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the *Guidelines*.

[114] It is also helpful to summarize the principles which now apply to cases in which the recipient applies under s. 17 to retroactively increase child support:

- a) The recipient must meet the threshold of establishing a past material change in circumstances. While the onus is on the recipient to show a material increase in income, any failure by the payor to disclose relevant financial information allows the court to impute income, strike pleadings, draw adverse inferences, and award costs. There is no need for the recipient to make

compter de la date de l'avis formel, ou d'une date subséquente lorsque le parent débiteur a tardé à faire une communication complète au cours de l'instance.

- (4) Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait par ailleurs injuste. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* (adaptés au contexte de la réduction) orientent cet exercice du pouvoir discrétionnaire. Ces facteurs sont les suivants : (i) le retard du parent débiteur à solliciter une réduction s'explique par une raison compréhensible; (ii) le comportement du parent débiteur; (iii) la situation de l'enfant; (iv) les difficultés causées au parent débiteur si la pension alimentaire n'est pas réduite (considérées dans le contexte des difficultés causées à l'enfant et au parent créancier si la pension alimentaire *est* réduite). Les efforts du parent débiteur pour payer ce qu'il peut et pour communiquer les renseignements sur son revenu de manière continue seront souvent une considération essentielle en ce qui concerne le facteur du comportement du parent débiteur.
- (5) Enfin, lorsque le tribunal a conclu qu'il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire à compter d'une date donnée, la réduction doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément aux *Lignes directrices*.

[114] Il est aussi utile de résumer les principes qui s'appliquent maintenant aux affaires où le parent créancier présente une demande fondée sur l'art. 17 sollicitant l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants :

- a) Le parent créancier doit satisfaire à la condition préliminaire qui consiste à établir qu'il y a eu un changement important antérieur à sa situation. Bien qu'il incombe à celui-ci de démontrer qu'il y a eu augmentation substantielle de revenu, le défaut du parent débiteur de communiquer les renseignements financiers pertinents autorise le tribunal à attribuer un revenu, radier des actes



multiple court applications for disclosure before a court has these powers.

- b) Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively increasing child support to the date the recipient gave the payor effective notice of the request for an increase, up to three years before formal notice of the application to vary. In the increase context, because of informational asymmetry, effective notice requires only that the recipient broached the subject of an increase with the payor.
- c) Where no effective notice is given by the recipient parent, child support should generally be increased back to the date of formal notice.
- d) The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair. The *D.B.S.* factors continue to guide this exercise of discretion, as described in *Michel*. If the payor has failed to disclose a material increase in income, that failure qualifies as blameworthy conduct and the date of retroactivity will generally be the date of the increase in income.
- e) Once the court has determined that support should be retroactively increased to a particular date, the increase must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the *Guidelines*.

(g) *Application to the Present Case*

[115] Support orders attract deference on appeal. Absent an error or an extricable question of law,

de procédure, tirer des inférences défavorables et condamner aux dépens. Il n'est pas nécessaire que le parent créancier présente de multiples demandes de communication au tribunal pour que celui-ci ait ces pouvoirs.

- b) Dès qu'un changement de situation important est établi, une présomption s'applique en faveur d'une augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent créancier a réellement informé le parent débiteur de la demande d'augmentation, jusqu'à trois ans avant l'avis formel de la demande de modification. Dans le contexte d'une augmentation, en raison de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties, l'information réelle exige seulement que le parent créancier ait abordé le sujet d'une augmentation avec le parent débiteur.
- c) Lorsque le parent créancier n'a pas réellement informé le parent débiteur, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être augmentée à compter de la date de l'avis formel.
- d) Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait par ailleurs injuste. Les facteurs de l'arrêt *D.B.S.* continuent d'orienter cet exercice du pouvoir discrétionnaire, comme il est décrit dans l'arrêt *Michel*. Si le parent débiteur a omis de communiquer une augmentation importante de revenu, cette omission constitue un comportement répréhensible et la date de rétroactivité sera généralement la date de l'augmentation du revenu.
- e) Lorsque le tribunal a conclu que la pension alimentaire doit être augmentée rétroactivement à compter d'une date donnée, l'augmentation doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément aux *Lignes directrices*.

(g) *Application à la présente affaire*

[115] Les ordonnances alimentaires commandent la déférence en appel. Sauf s'il y a une erreur ou

a palpable and overriding error, or a fundamental mischaracterization or misapprehension of the evidence, an appellate court should not interfere with the trial judge's exercise of discretion (*Brandsema*, at para. 30).

[116] In this case, I agree with the Court of Appeal that the motion judge erred in principle. Instead of balancing the payor's interest in flexibility against the interests of the child and recipient, the motion judge concluded that the coming into force of the *Guidelines* was a change in circumstances that "entitled [Mr. Colucci] as of right to a variation and a calculation based on table amounts and his drop in income" (reasons of motion judge, at para. 15 (emphasis added)). While the motion judge did not have the benefit of these reasons, that conclusion was inconsistent with the principles underlying the *Guidelines* and the framework set out above.

[117] The motion judge was correct in concluding that the coming into force of the *Guidelines* constituted a change in circumstances under s. 14(c). While this legal change opens the door at the threshold step, it does not obviate the need for evidence of Mr. Colucci's earnings in the years since the *Guidelines* came into force. Without reliable and complete income information, the court cannot recalculate support for the intervening years in accordance with the *Guidelines*. Thus, Mr. Colucci's failure to adduce adequate evidence of his income since 2000 is fatal to his application. Even if he adduced sufficient evidence of his income from 1997 to 2000, the three-year rule applies, as discussed below.

[118] Aside from the coming into force of the *Guidelines*, Mr. Colucci also relied on material decreases in his income after the *Guidelines* came into force as a justification for retroactively decreasing the amount of support. To the extent he relies on drops

une question de droit isolable, une erreur manifeste et déterminante, ou une erreur fondamentale dans la qualification ou l'interprétation de la preuve, une cour d'appel ne doit pas s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance (*Brandsema*, par. 30).

[116] En l'espèce, je suis du même avis que la Cour d'appel, c'est-à-dire que le juge de la motion a commis une erreur de principe. Au lieu de soupeser l'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse par rapport aux intérêts de l'enfant et du parent créancier, le juge de la motion a conclu que l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation qui [TRADUCTION] « conférait de plein droit à [M. Colucci] le droit à une modification et au calcul en fonction des montants figurant dans les tables et de sa baisse de revenu » (motifs du juge de la motion, par. 15 (je souligne)). Même si le juge de la motion ne disposait pas des présents motifs, cette conclusion était incompatible avec les principes qui sous-tendent les *Lignes directrices* et le cadre décrit ci-dessus.

[117] Le juge de la motion a eu raison de conclure que l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation visé à l'al. 14c). Bien que ce changement juridique permette de franchir l'étape de la condition préliminaire, il n'écarte pas la nécessité d'obtenir la preuve des gains de M. Colucci dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*. Sans renseignements fiables et complets sur le revenu, le tribunal ne peut recalculer la pension alimentaire pour les années qui ont suivi conformément aux *Lignes directrices*. En conséquence, l'omission de M. Colucci de présenter une preuve adéquate de son revenu depuis 2000 porte un coup fatal à sa demande. Même s'il présentait une preuve suffisante de son revenu de 1997 à 2000, la règle des trois ans s'applique, comme nous le verrons plus loin.

[118] En plus de l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*, M. Colucci a aussi invoqué des baisses substantielles de son revenu après l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* comme justification d'une réduction rétroactive du montant de la pension

in income, however, his deficient communication, inadequate evidence and insufficient disclosure are fatal to his application: not only has he not proven a decrease in income, he can point to no actions which qualify as effective notice. The Court of Appeal properly rejected the submission that his child support obligations should be retroactively varied to April 1998, when he asked Ms. Colucci through counsel for a reduction in the amount of child support payable because of an alleged decrease in his income.

[119] It is not enough for a payor in Mr. Colucci's shoes to advise the recipient that their income has fallen without taking any further steps. Following Ms. Colucci's refusal to vary support in 1998, Mr. Colucci "produced no proof of his changed financial circumstances, nor, after his initial request for a reduction in 1998, did he instigate any further negotiations, mediation or court proceedings" (C.A. reasons, at para. 34). Rather, he cut off communication and did nothing until commencing this proceeding in 2016. Since Mr. Colucci did not provide reasonable proof to allow the recipient to meaningfully assess the situation, his request fell short of effective notice. Further, the request in 1998 could not constitute notice of the more dramatic drops in his income after the initial request was made. A payor who experiences this kind of fluctuation in income must continue to communicate subsequent changes with proper disclosure to allow the recipient to plan accordingly.

[120] As Mr. Colucci gave no effective notice before arrears stopped accumulating in 2012, the presumption set out above leads to the conclusion that he is not entitled to any retroactive decrease in his child support obligations. Even if Mr. Colucci had given effective notice in 1998, the presumptive three-year limit would apply. The application of the three-year rule would preclude any retroactive

alimentaire. Cependant, dans la mesure où il invoque des baisses de revenu, sa communication déficiente, la preuve inadéquate et l'insuffisance des renseignements communiqués portent un coup fatal à sa demande : non seulement il n'a pas prouvé une baisse de revenu, mais il ne peut faire état d'aucune mesure qui constitue une information réelle. La Cour d'appel a rejeté à juste titre l'argument selon lequel ses obligations alimentaires envers ses enfants devaient être modifiées rétroactivement à compter d'avril 1998, alors qu'il avait demandé à M<sup>me</sup> Colucci, par l'entremise de son avocat, une réduction de la pension alimentaire payable pour enfants en raison d'une diminution alléguée de son revenu.

[119] Il ne suffit pas qu'un parent débiteur se trouvant dans la situation de M. Colucci informe le parent créancier que son revenu a baissé sans prendre d'autres mesures. Après que M<sup>me</sup> Colucci a refusé de modifier la pension alimentaire en 1998, M. Colucci [TRADUCTION] « n'a produit aucun élément de preuve de sa nouvelle situation financière et il n'a pas, après sa demande initiale de réduction en 1998, entrepris d'autres négociations ni démarches de médiation ou instance judiciaire » (motifs de la C.A., par. 34). Il a plutôt coupé la communication et n'a rien fait jusqu'à ce qu'il introduise la présente instance en 2016. Puisque M. Colucci n'a pas fourni de preuve raisonnable pour permettre au parent créancier de bien évaluer la situation, sa demande n'équivalait pas à une information réelle. Qui plus est, la demande formulée en 1998 ne pouvait pas constituer un avis des baisses plus considérables de son revenu après que la demande initiale ait été faite. Le parent débiteur qui connaît de telles fluctuations de revenu doit continuer à dûment communiquer les changements subséquents pour permettre au parent créancier de planifier en conséquence.

[120] Étant donné que M. Colucci n'a pas réellement informé le parent créancier avant que l'arriéré cesse de s'accumuler en 2012, la présomption énoncée ci-dessus mène à la conclusion qu'il n'a pas droit à une réduction rétroactive de ses obligations alimentaires envers ses enfants. Même si M. Colucci avait réellement informé M<sup>me</sup> Colucci en 1998, la limite présumée de trois ans s'appliquerait.

decrease, given that his children were no longer eligible for child support beginning in 2012 and he gave formal notice in 2016. Nor would the application of the *D.B.S.* factors support a longer period of retroactivity. Indeed, had it been necessary to decide this point, all factors, particularly that of payor conduct, would support a shorter period of retroactivity. It is not enough for the payor to give notice and then disappear. The Court of Appeal correctly noted that, when the parties were unable to reach an agreement on a reduced amount of support, “it was incumbent on [Mr. Colucci] to initiate proceedings in a timely manner” (para. 34). Instead, he “unreasonably failed to do anything for 18 years” (*ibid.*).

[121] Mr. Colucci claimed that he did not commence a motion in 1998 because he lacked the financial resources to do so. However, lack of funds cannot justify his failure to produce reasonable proof of the change in income he claimed at the time of his request, or his subsequent failure to communicate, negotiate or seek a change for 18 years.

[122] Mr. Colucci also made few, if any, voluntary payments during that time and showed no willingness to support the children, who suffered hardship as a result of his failure to fulfill his obligations. His conduct shows bad faith efforts to evade the enforcement of a court order. He did not notify the recipient or the FRO when he left Canada or advise them of his whereabouts or income for the duration of his absence (C.A. reasons, at para. 8). The FRO took a number of steps that failed to spur Mr. Colucci to comply with his obligations voluntarily, including garnishing benefits and suspending his passport and driver’s license. The FRO was only able to collect limited sums through these enforcement mechanisms. Ms. Colucci was thus left to shoulder the financial burden of raising and supporting the children on her own (para. 30). The daughters also incurred

L’application de cette règle ferait obstacle à toute réduction rétroactive, étant donné que ses enfants n’avaient plus droit à une pension alimentaire à compter de 2012 et qu’il avait donné un avis formel en 2016. L’application des facteurs de l’arrêt *D.B.S.* ne permettrait pas non plus d’établir une période de rétroactivité plus longue. De fait, s’il avait été nécessaire de trancher cette question, tous les facteurs, en particulier celui du comportement du parent débiteur, militeraient en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Le parent débiteur ne peut aviser l’autre parent et ensuite disparaître. La Cour d’appel a fait remarquer avec justesse que lorsque les parties étaient incapables d’arriver à une entente sur un montant réduit de soutien alimentaire, [TRADUCTION] « il incombait à [M. Colucci] d’introduire une instance en temps utile » (par. 34). Au lieu de cela, il a « déraisonnablement omis de faire quoi que ce soit pendant 18 ans » (*ibid.*).

[121] Monsieur Colucci a fait valoir qu’il n’avait pas introduit de motion en 1998 parce qu’il n’avait pas les moyens financiers de le faire. Toutefois, le manque d’argent ne saurait justifier son omission de produire une preuve raisonnable du changement de revenu qu’il a invoqué au moment de sa demande, ou son omission subséquente de communiquer, de négocier ou de solliciter un changement pendant 18 ans.

[122] De plus, M. Colucci n’a fait que peu de versements volontaires pendant cette période, voire aucun, et n’a fait montre d’aucune volonté de subvenir aux besoins des enfants, qui ont connu des difficultés en raison de son défaut de satisfaire à ses obligations. Son comportement témoigne d’efforts de mauvaise foi visant à se soustraire à l’exécution d’une ordonnance judiciaire. Il n’a pas informé le parent créancier ou le BOF lorsqu’il a quitté le Canada et ne les a pas informés des endroits où il se trouvait ou de son revenu pendant la durée de son absence (motifs de la C.A., par. 8). Le BOF a pris un certain nombre de mesures qui n’ont pas réussi à amener M. Colucci à respecter ses obligations volontairement, notamment une saisie-arrêt sur des prestations et la suspension de son passeport et de son permis de conduire. Le BOF n’a pu recouvrer que des sommes limitées au

considerable debt in pursuing post-secondary education (*ibid.*).

[123] Mr. Colucci turned his back on his support obligations and a court order when he cut off communication and “absconded without a trace to the United States and Italy” (C.A. reasons, at para. 31). He only came out of hiding when he had returned to Canada and was facing enforcement action by the FRO, including potential garnishment of his wages. Mr. Colucci cannot now seek to avoid the consequences of his actions. To depart from the presumptive date of retroactivity and grant a retroactive decrease in these circumstances would give tacit approval to this kind of conduct, contrary to the best interests of children. As Carey J. stated, Mr. Colucci’s “success at getting to the age of 62 without paying a dollar voluntarily should not be rewarded” (2018 ONSC 4868, at para. 4, reproduced in R.R., at p. 9; see also paras. 2-3).

[124] Moreover, Mr. Colucci has continued to evade his child support obligations by misrepresenting his financial circumstances and breaching his ongoing obligation to make full documentary and financial disclosure, even in the course of these proceedings (C.A. reasons, at para. 32). As such, this case provides an example of the kind of inadequate disclosure that would justify a refusal to vary back to the date of formal notice. Mr. Colucci did not provide his tax returns or any other documentary evidence of income for the years 2000 to 2015, and most of the little disclosure he made was provided well after he commenced the motion to change. Documentation regarding his mother’s estate was not produced until over a year later, and even then, the document was in Italian only. His income information for 2016 and 2017 was not provided until July 2018. In addition, Mr. Colucci redacted his employer’s name from his T4 and filed no tax return in 2017 to avoid

moyen de ces mécanismes d’exécution. Madame Colucci a donc dû assumer seule le fardeau financier d’élever les enfants et de subvenir à leurs besoins (par. 30). En outre, les filles ont contracté une dette considérable en raison de leurs études postsecondaires (*ibid.*).

[123] Monsieur Colucci a tourné le dos à ses obligations alimentaires et à une ordonnance du tribunal lorsqu’il a rompu la communication et [TRADUCTION] « a pris la fuite aux États-Unis et en Italie sans laisser de trace » (motifs de la C.A., par. 31). Il n’est sorti de l’ombre qu’une fois rentré au Canada et a fait l’objet de mesures d’exécution prises par le BOF, notamment la saisie-arrêt éventuelle de son salaire. Monsieur Colucci ne peut pas maintenant chercher à éviter les conséquences de ses gestes. S’écarter de la date de rétroactivité présumée et accorder une réduction rétroactive dans ces circonstances reviendrait à approuver tacitement ce type de comportement, ce qui est contraire à l’intérêt de l’enfant. Comme l’a affirmé le juge Carey, [TRADUCTION] « le fait que [M. Colucci] se soit rendu à l’âge de 62 ans sans avoir payé un dollar volontairement ne doit pas être récompensé » (*Colucci c. Colucci*, 2018 ONSC 4868, par. 4, reproduit dans d.i., p. 9; voir aussi par. 2-3).

[124] Par ailleurs, M. Colucci a continué d’éviter ses obligations alimentaires envers ses enfants en présentant de manière inexacte sa situation financière et en manquant à son obligation continue de faire la communication complète des documents et des renseignements financiers, même au cours de la présente instance (motifs de la C.A., par. 32). Ainsi, la présente affaire fournit un exemple du type de communication inadéquate qui justifierait un refus de faire remonter la modification à la date de l’avis formel. Monsieur Colucci n’a pas fourni ses déclarations fiscales ni aucune autre preuve documentaire de son revenu pour les années 2000 à 2015, et la plupart des quelques communications qu’il a faites ont été fournies bien après qu’il eut introduit la motion en modification. La documentation concernant la succession de sa mère n’a été produite que plus d’un an plus tard et, même alors, elle était en italien seulement. L’information sur son revenu pour 2016

garnishment of his wages and tax refund, preferring to forfeit the refund altogether than have it go toward his child support obligations. He also failed to pay Ms. Colucci the €15,000 that he was ordered to pay by the motion judge despite being in receipt of the earmarked funds from his mother's estate.

[125] A few words on the recalculation of support and imputation of income. Mr. Colucci argued that the motion judge must have been satisfied with the financial information before him, as he relied on this information in recalculating Mr. Colucci's support obligation and in concluding that minimum wage should be imputed to Mr. Colucci in certain years due to under-employment.

[126] I agree with Ms. Colucci that it was problematic for the motion judge to rely on Mr. Colucci's limited financial disclosure to recalculate support and exercise his discretion to impute income. Apart from Mr. Colucci's own assertions about when he worked and how much he was paid, there was no objective or cogent evidence supporting his alleged income from 2000 to 2015. The motion judge essentially took Mr. Colucci's word for it, imputing income based on Mr. Colucci's assertion that he made substantially less than minimum wage in certain years and recalculating support based on the income he claimed to have made in other years.

[127] This case highlights one of the mischiefs of delayed applications to retroactively decrease support: as the years go by, it becomes more difficult to produce reliable income information, such as tax returns. For example, Mr. Colucci claims he was unable to obtain tax returns from the Internal Revenue

et 2017 n'a été fournie qu'en juillet 2018. De plus, M. Colucci a caviardé le nom de son employeur de son feuillet T4 et n'a pas produit de déclaration fiscale en 2017 afin d'éviter la saisie-arrêt de son salaire et de son remboursement d'impôt, préférant renoncer entièrement au remboursement plutôt que celui-ci soit imputé à ses obligations alimentaires envers ses enfants. Il a également omis de payer à M<sup>me</sup> Colucci la somme de 15 000 € que le juge de la motion lui avait ordonné de payer, même s'il avait reçu les fonds réservés provenant de la succession de sa mère.

[125] Quelques mots sur le recalcul de la pension alimentaire et l'attribution du revenu. Monsieur Colucci a soutenu que le juge de la motion devait être satisfait des renseignements financiers qui lui avaient été présentés, puisqu'il s'est appuyé sur ces renseignements en recalculant l'obligation alimentaire de M. Colucci et en concluant qu'il convenait d'attribuer le salaire minimum à M. Colucci pour certaines années en raison de son sous-emploi.

[126] Je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Colucci pour dire qu'il était problématique que le juge de la motion s'appuie sur la communication limitée de renseignements financiers de M. Colucci pour recalculer la pension alimentaire et exercer son pouvoir discrétionnaire d'attribuer un revenu. Mis à part les affirmations qu'a faites M. Colucci lui-même en ce qui concerne les époques où il a travaillé et le montant de sa rémunération, il n'y avait aucune preuve objective ou convaincante à l'appui de son revenu allégué pour 2000 à 2015. Le juge de la motion a essentiellement cru sur parole M. Colucci, lui attribuant un revenu sur le fondement de son affirmation selon laquelle il avait touché une rémunération nettement inférieure au salaire minimum pendant certaines années et en recalculant la pension alimentaire en fonction du revenu qu'il prétendait avoir touché pour les autres années.

[127] La présente affaire met en évidence un des problèmes qu'engendrent les demandes tardives de réduction rétroactive de pensions alimentaires : avec le passage des années, il devient plus difficile de produire des renseignements fiables sur le revenu, comme des déclarations fiscales. Par exemple,

Service for the years he worked in the United States. The payor cannot rely on the passage of time as an excuse for incomplete disclosure upon finally seeking retroactive variation. It would be unfair to the recipient and children to bridge gaps in the payor's disclosure with guesswork that works to their disadvantage. Such an approach would also incentivize payors to provide inadequate disclosure in the hopes that the court will either accept their assertions or impute income that is lower than the income actually earned.

[128] Vague or incomplete information is also difficult to challenge on cross-examination. As Mr. Colucci had not produced documentation supporting his asserted income from 2000 to 2015, there would have been no documents to cross-examine him on with respect to those years, rendering the exercise futile. Recipients should not be expected to hire forensic accountants or investigators to uncover the financial information needed to effectively cross-examine the payor or challenge the payor's submission that only minimum wage should be imputed where a finding of under-employment is made. Such an expectation is particularly unrealistic where, as here, the payor has left the country and stopped making payments, leaving the recipient to struggle to care and provide for the children on her own.

[129] Payors are reminded that the onus is on them to establish that a retroactive decrease is warranted based on reliable evidence, and that parties to litigation are subject to a general obligation to disclose all information that is relevant and material to the case (*Kinsella v. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1, at para. 166). In this case, the obligation to disclose material information was breached and the payor fell short of his burden of proof. Mr. Colucci cannot expect a court to award relief that prejudices

M. Colucci affirme avoir été incapable d'obtenir ses déclarations fiscales de l'Internal Revenue Service pour les années où il a travaillé aux États-Unis. Le parent débiteur ne peut pas invoquer le passage du temps pour excuser une communication incomplète lorsqu'il demande enfin une modification rétroactive. Il serait injuste que le parent créancier et les enfants aient à combler les lacunes de la communication du parent débiteur par des hypothèses qui jouent contre eux. De plus, une telle approche encouragerait le parent débiteur à fournir une communication inadéquate dans l'espoir que le tribunal accepte ses affirmations ou attribue un revenu inférieur à celui qu'il a effectivement touché.

[128] En outre, il est difficile de contester des renseignements vagues ou incomplets lors d'un contre-interrogatoire. Comme M. Colucci n'avait pas produit de documents justifiant le revenu qu'il allègue avoir gagné de 2000 à 2015, il n'y aurait eu aucun document à l'égard duquel il aurait pu être contre-interrogé au sujet de ces années, rendant la démarche futile. On ne peut s'attendre à ce que le parent créancier engage un juricomptable ou un enquêteur pour mettre à jour les renseignements financiers nécessaires afin de contre-interroger efficacement le parent débiteur, ou de contester la prétention de celui-ci portant qu'il ne faudrait lui attribuer que le salaire minimum lorsqu'on conclut au sous-emploi. Une telle attente est d'autant plus irréaliste dans une situation où, comme en l'espèce, le parent débiteur a quitté le pays et a cessé de faire des versements, le parent créancier se retrouvant à peiner à s'occuper des enfants et à subvenir à leurs besoins.

[129] On rappelle aux parents débiteurs que c'est à eux qu'appartient le fardeau d'établir qu'une réduction rétroactive est justifiée sur le fondement d'une preuve fiable, et que les parties au litige sont soumises à une obligation générale de communiquer tous les renseignements qui sont pertinents et importants quant à l'affaire (*Kinsella c. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1, par. 166). En l'espèce, il y a eu manquement à l'obligation de communiquer des renseignements importants et le parent débiteur ne

the recipient and his children while shielding material information and documentation from the view of the court and recipient.

[130] Finally, although he did not pursue a claim for reimbursement before the motion judge, Mr. Colucci claimed he overpaid \$2,310.90 in child support based on his asserted income and the table amounts. Even if he had supported this calculation with proper disclosure of financial information, the absence of any communication of his alleged changes in circumstances would be a strong factor militating against any claim for reimbursement from Ms. Colucci.

[131] In conclusion, Mr. Colucci is not entitled to relief on the basis of a decrease in income. He gave no effective notice of his intention to seek a reduction in support, either in 1998 or at any point before his daughters had ceased to be children of the marriage in 2012. Even if he had given effective notice in 1998, the presumptive three-year limit applies. The *D.B.S.* factors do not support a longer period of retroactivity. Since Mr. Colucci commenced his motion to change in 2016, four years after his support obligation had terminated and arrears stopped accumulating, the application of the three-year limit precludes retroactive variation of the amount of support owing under the prior order.

[132] I will now consider the scenario in which a payor who has fallen behind on payments seeks full or partial rescission of arrears under s. 17 on the basis of a current and ongoing inability to pay. Mr. Colucci relied on inability to pay as an alternative ground of relief in his motion to change, this ground was briefly addressed at the Court of Appeal (at paras. 9, 28 and 31) and it was discussed in Ms. Colucci's written submissions before this Court. The question

s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. Monsieur Colucci ne peut s'attendre à ce qu'un tribunal accorde une réparation qui est préjudiciable au parent créancier et à ses enfants alors qu'il tient des renseignements et des documents importants à l'abri du regard du tribunal et du parent créancier.

[130] Enfin, bien qu'il n'ait pas présenté de demande de remboursement au juge de la motion, M. Colucci a soutenu avoir payé en trop la somme de 2 310,90 \$ au titre de la pension alimentaire pour enfants en fonction du revenu qu'il déclare avoir touché et des montants figurant dans les tables. Même s'il avait fourni une communication appropriée des renseignements financiers à l'appui de ce calcul, l'absence de toute communication des changements de situation qu'il allègue serait un élément militant fortement contre tout remboursement de la part de M<sup>me</sup> Colucci.

[131] En conclusion, M. Colucci n'a pas droit à une réparation fondée sur une réduction de revenu. Il n'a pas réellement informé M<sup>me</sup> Colucci de son intention de solliciter une réduction de la pension alimentaire, ni en 1998 ni en aucun temps avant que ses filles cessent d'être des enfants à charge en 2012. Même s'il avait réellement informé M<sup>me</sup> Colucci en 1998, la limite présumée de trois ans s'applique. Les facteurs de l'arrêt *D.B.S.* ne justifient pas une période de rétroactivité plus longue. Puisque M. Colucci a présenté sa motion en modification en 2016, quatre ans après la cessation de son obligation alimentaire et de l'accumulation de l'arriéré, l'application de la limite de trois ans empêche la modification rétroactive du montant de la pension alimentaire exigible au titre de l'ordonnance antérieure.

[132] Je vais maintenant examiner le scénario où un parent débiteur qui a pris du retard dans ses paiements sollicite l'annulation complète ou partielle de l'arriéré au titre de l'art. 17 en raison d'une incapacité actuelle et continue de payer. Monsieur Colucci a invoqué l'incapacité de payer comme moyen subsidiaire d'obtenir réparation dans sa motion en modification, et ce moyen a été brièvement abordé par la Cour d'appel (par. 9, 28 et 31) et il a été analysé



of whether the courts have authority under s. 17 to order the rescission of arrears based on present inability to pay, as discussed in *Brown*, was not raised before us and we will not address it.

(2) Rescission Of Arrears Where The Prior Order Corresponds With Payor's Income

- (a) *The Presumption: No Rescission Unless Payor Shows Current and Future Inability to Pay*

[133] Although applications for rescission raise different considerations than those for a retroactive decrease of support based on a change in circumstances, in practice, both will frequently arise together. While a payor may simply ask for accumulated arrears to be forgiven on the basis of a current and ongoing inability to pay without challenging the accuracy of the underlying order, rescission applications will normally arise when the request to retroactively decrease arrears is unsuccessful or results in only a partial reduction of the arrears (see, e.g., *Templeton*, at para. 39; *H.G.S.*, at para. 113).

[134] In this category of cases, the prior child support order or agreement corresponds with the payor's income. The arrears accurately reflect the amount of support that the payor should have paid under the *Guidelines*, after all considerations, including any claim of hardship under s. 10, have been determined. In other words, the arrears represent sums that could have been paid at the time payments came due, but were not. The payor parent's claim for rescission is thus a form of "hardship" application, in which there has been no past change in circumstances justifying a retroactive decrease in the support obligation (*Barber*, at paras. 15-16; *Brown*, at para. 43).

dans les observations écrites que M<sup>me</sup> Colucci a présentées à notre Cour. La question de savoir si les tribunaux peuvent ordonner, en vertu de l'art. 17, une annulation de l'arriéré en raison d'une incapacité actuelle de payer, comme il était question dans l'arrêt *Brown*, n'a pas été soulevée devant nous et nous ne l'aborderons pas.

(2) Annulation de l'arriéré lorsque l'ordonnance antérieure correspond au revenu du parent débiteur

- a) *La présomption : aucune annulation à moins que le parent débiteur établisse une incapacité actuelle et future de payer*

[133] Bien que les demandes d'annulation soulèvent des considérations différentes de celles que soulèvent les demandes de réduction rétroactive de la pension alimentaire fondées sur un changement de situation, en pratique, les deux se présentent souvent ensemble. Alors qu'un parent débiteur peut simplement demander la remise de l'arriéré sur le fondement d'une incapacité actuelle et continue de payer, sans contester la justesse de l'ordonnance sous-jacente, les demandes d'annulation se présenteront normalement lorsque la demande de réduction rétroactive de l'arriéré est rejetée ou ne donne lieu qu'à une réduction partielle de l'arriéré (voir, p. ex., *Templeton*, par. 39; *H.G.S.*, par. 113).

[134] Dans cette catégorie de cas, l'ordonnance ou l'entente alimentaire antérieure au profit d'un enfant correspond au revenu du parent débiteur. L'arriéré reflète avec exactitude le montant de la pension alimentaire qu'aurait dû payer le parent débiteur en application des *Lignes directrices*, une fois que toutes les considérations, y compris toute demande fondée sur les difficultés occasionnées présentée en vertu de l'art. 10, ont été établies. Autrement dit, l'arriéré représente des sommes qui auraient pu être payées au moment où les paiements devenaient exigibles, mais qui ne l'ont pas été. La demande d'annulation du parent débiteur est donc une forme de demande « pour difficultés », qui ne repose sur aucun changement de situation justifiant une réduction rétroactive de l'obligation alimentaire (*Barber*, par. 15-16; *Brown*, par. 43).

[135] It follows that, under this third category of cases, the payor's ongoing financial capacity is the only relevant factor. The payor must therefore provide sufficient reliable evidence to enable the court to assess their current and prospective financial circumstances, including their employment prospects and any assets, pensions, inheritances or other potential sources of future capacity to pay.

[136] Courts have taken a highly restrictive approach to the availability of rescission or suspension of child support based solely on current and ongoing inability to pay (see, e.g., *Haisman*, at paras. 26-27; *Gray*, at para. 58; *C.L.W. v. S.V.W.*, 2017 ABCA 121, at para. 30 (CanLII); *Punzo*, at para. 46; *Blanchard v. Blanchard*, 2019 ABCA 53, at para. 32 (CanLII); *S.A.L. v. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299, at para. 12; *Semancik v. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219, at para. 25; *Mayotte v. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38 (Alta. C.A.), at para. 2; *Heiden v. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48 (C.A.), at paras. 10 and 13). These cases demonstrate that any discretion to grant relief in this context is narrow.

[137] This strict approach to rescission and suspension of arrears based on current inability to pay is justified. The interests of the recipient and child in certainty and predictability are paramount, as the payor has failed to comply with a court order or agreement without any "excuse for non-payment of support when it came due" (*Templeton*, at para. 47). The child's interest in a fair standard of support is subverted when the payor directs support elsewhere; in such circumstances, "the child effectively subsidizes the payor's improved standard of living" (*Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), at para. 25, with additional reasons (2004), 6 R.F.L. (6th) 432). The payor parent, on the other hand, "cannot argue that the amounts claimed disrupt his/her interest in certainty and predictability" (*D.B.S.*, at para. 98).

[135] Il s'ensuit que, dans cette troisième catégorie de cas, la capacité financière continue du parent débiteur est le seul facteur pertinent. Le parent débiteur doit donc fournir suffisamment d'éléments de preuve fiables pour permettre au tribunal d'évaluer sa situation financière actuelle et prospective, y compris ses perspectives d'emploi, et ses actifs, pensions, héritages ou autres sources potentielles de sa capacité future de payer.

[136] Les tribunaux ont adopté une approche très restrictive quant à la possibilité d'accorder l'annulation ou la suspension de la pension alimentaire pour enfants fondée seulement sur l'incapacité actuelle et continue de payer (voir, p. ex., *Haisman*, par. 26-27; *Gray*, par. 58; *C.L.W. c. S.V.W.*, 2017 ABCA 121, par. 30 (CanLII); *Punzo*, par. 46; *Blanchard c. Blanchard*, 2019 ABCA 53, par. 32 (CanLII); *S.A.L. c. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299, par. 12; *Semancik c. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219, par. 25; *Mayotte c. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38 (C.A. Alb.), par. 2; *Heiden c. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48 (C.A.), par. 10 et 13). Ces décisions mettent en évidence que le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder une réparation dans ce contexte est limité.

[137] Une telle approche stricte quant à l'annulation et la suspension de l'arriéré fondée sur l'incapacité actuelle de payer est justifiée. Les intérêts du parent créancier et de l'enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité sont primordiaux, puisque le parent débiteur a fait défaut de respecter une ordonnance du tribunal ou une entente sans [TRADUCTION] « excuse justifiant le non-paiement de la pension alimentaire à son échéance » (*Templeton*, par. 47). L'intérêt de l'enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire est miné lorsque le parent débiteur détourne la pension alimentaire; dans de telles situations, [TRADUCTION] « l'enfant se trouve en fait à subventionner le niveau de vie bonifié du parent débiteur » (*Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 25, motifs supplémentaires dans (2004), 6 R.F.L. (6th) 432). Le parent débiteur, en revanche « ne peut prétendre que la mesure demandée irait à l'encontre de la certitude et de la prévisibilité dont il est censé bénéficier » (*D.B.S.*, par. 98).

[138] Accordingly, in this third category of cases, the payor must overcome a presumption against rescinding any part of the arrears. The presumption will only be rebutted where the payor parent establishes on a balance of probabilities that — even with a flexible payment plan — they cannot and will not ever be able to pay the arrears (*Earle*, at para. 26; *Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 58). Present inability to pay does not, in itself, foreclose the prospect of future ability to pay, although it may justify a temporary suspension of arrears (*Haisman*, at para. 26). This presumption ensures rescission is a last resort available only where suspension or other creative payment options are inadequate to address the prejudice to the payor. It also encourages payors to keep up with their support obligations rather than allowing arrears to accumulate in the hopes that the courts will grant relief if the amount becomes sufficiently large. Arrears are a “valid debt that must be paid, similar to any other financial obligation”, regardless of whether the quantum is significant (Bakht et al., at p. 550).

[139] While we speak of rescinding arrears, the wording of s. 17 of the *Divorce Act* makes clear that what it authorizes is rescission of the underlying court order or a term of the order which gave rise to the unmet obligations. Thus a claim to cancel arrears asks the court to set aside an existing and accurate court order, replace it with another, and forgive what is otherwise a legally enforceable debt. That child support should not attract more leniency than other debts is reinforced by the range of maintenance enforcement regimes which exist across the country to enforce compliance with child support obligations. Governments in each province and territory have established administrative Maintenance Enforcement Programs (“MEPs”) (such as Ontario’s FRO) to administer child support orders and help ensure children receive the support owed to them under court orders, including by taking enforcement action such as garnishing wages and suspending drivers’ licenses (see, e.g., *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act, 1996*, S.O. 1996, c. 31). Further, child support arrears are not released by an order of

[138] Par conséquent, dans cette troisième catégorie de cas, le parent débiteur doit renverser la présomption contre l’annulation de quelque partie que ce soit de l’arriéré. La présomption ne sera repoussée que lorsque le parent débiteur établit, selon la prépondérance des probabilités, que — même avec des modalités de paiement souples — il ne peut pas, et ne pourra jamais, payer l’arriéré (*Earle*, par. 26; *Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 58). L’incapacité actuelle de payer n’écarte pas, en soi, l’éventualité d’une capacité future de payer, bien qu’elle puisse justifier une suspension temporaire de l’arriéré (*Haisman*, par. 26). Cette présomption fait en sorte que l’annulation est utilisée en dernier recours seulement lorsque la suspension ou d’autres options de paiement novatrices ne conviennent pas pour réparer le préjudice que subit le parent débiteur. Elle incite aussi les parents débiteurs à respecter leurs obligations alimentaires, plutôt que de laisser l’arriéré s’accumuler dans l’espoir que les tribunaux accorderont une réparation si le montant devient suffisamment important. L’arriéré constitue [TRADUCTION] « une dette valable qui doit être acquittée, au même titre que toute autre obligation financière », que le montant de cette obligation soit élevé ou non (Bakht et al., p. 550).

[139] Tandis qu’il est question de l’annulation des arriérés, mentionnons que le libellé de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* indique clairement que ce qu’il autorise est l’annulation de l’ordonnance judiciaire sous-jacente ou d’une modalité de l’ordonnance qui a donné lieu aux obligations non respectées. En conséquence, une demande d’annulation de l’arriéré revient à demander au tribunal d’annuler une ordonnance judiciaire existante et juste, de la remplacer par une autre et de remettre ce qui est par ailleurs une dette légalement exigible. L’idée que la pension alimentaire pour enfants ne doit pas attirer une plus grande indulgence que les autres dettes est renforcée par l’éventail de régimes d’exécution des ordonnances de pensions alimentaires qui existent partout au pays pour faire respecter les obligations alimentaires envers les enfants. Les gouvernements de chaque province et territoire ont établi des programmes administratifs d’exécution des ordonnances de pensions alimentaires (comme le BOF de l’Ontario) pour gérer les ordonnances alimentaires au profit des enfants et aider à faire en sorte que les enfants reçoivent la pension

discharge under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(1)(c); these debts are prioritized even where providing a clean slate is a competing policy consideration (see *Brown*, at para. 42; *St-Jules v. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133, at para. 50). Thus, s. 17 of the *Divorce Act* is not to be used to reduce or vacate arrears too readily, as this would undermine the recognition and enforcement of serious legal obligations.

[140] The court has a range of available options when faced with proven payor hardship. A court's refusal to rescind arrears does not mean the payor must pay the entire amount immediately (*Earle*, at para. 24). If the court concludes that the payor's financial circumstances will give rise to difficulties paying down arrears, the court ought to first consider whether hardship can be mitigated by ordering a temporary suspension, periodic payments, or other creative payment options (*Haisman v. Haisman* (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157 (Q.B.) ("*Haisman* (Q.B.)"), at paras. 32-33, rev'd on other grounds (1994), 157 A.R. 47 (C.A.); *Templeton*, at para. 47; *Brown*, at para. 44). MEPs may also allow the debtor to enter into a reasonable payment plan where the debtor has fallen into arrears and is struggling to keep up with payments (see, e.g., *The Family Maintenance Act*, C.C.S.M., c. F20, s. 56.2(2) and (3); J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada, 2020* (2020), at p. 476). After all, blood cannot be drawn from a stone — where the payor is truly unable to make payments toward the arrears, "any enforcement options available to the support recipient and the court are of no practical benefit" (*Brown*, at para. 44).

alimentaire qui leur est due au titre d'ordonnances judiciaires, notamment au moyen de la prise de mesures d'exécution comme la saisie-arrêt de salaires et la suspension de permis de conduire (voir, p. ex., la *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, c. 31). De plus, une ordonnance de libération rendue sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, al. 178(1)c), ne libère pas le failli de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants; ces dettes se voient accorder un rang prioritaire, et ce, même lorsque la possibilité de répartir à zéro est une considération de principe opposée (voir *Brown*, par. 42; *St-Jules c. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133, par. 50). Par conséquent, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ne doit pas servir à réduire ou à annuler l'arriéré trop facilement, puisque cela minerait la reconnaissance et l'exécution d'obligations juridiques sérieuses.

[140] Le tribunal dispose d'un éventail d'options lorsqu'il fait face à une situation où il est établi que le parent débiteur éprouve des difficultés. Le refus du tribunal d'annuler l'arriéré ne signifie pas que le parent débiteur doit payer sur-le-champ la totalité de l'arriéré (*Earle*, par. 24). Si le tribunal conclut que la situation financière du parent débiteur engendrera des difficultés à rembourser l'arriéré, il doit d'abord se demander si la difficulté peut être atténuée par une ordonnance prévoyant la suspension temporaire, des versements périodiques ou d'autres options de paiement novatrices (*Haisman c. Haisman* (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157 (B.R.) (« *Haisman* (B.R.) »), par. 32-33, inf. pour d'autres motifs par (1994), 157 A.R. 47 (C.A.); *Templeton*, par. 47; *Brown*, par. 44). Les programmes d'exécution des ordonnances de pensions alimentaires peuvent en outre permettre au parent débiteur d'adopter un plan de paiement raisonnable lorsqu'il a accumulé un arriéré et qu'il a de la difficulté à faire les paiements à échéance (voir, p. ex., la *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, par. 56.2(2) et (3); J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada, 2020* (2020), p. 476). Après tout, on ne peut pas demander l'impossible — lorsque le parent débiteur est véritablement incapable de faire des versements imputables à l'arriéré, [TRADUCTION] « les modalités d'exécution que pourraient établir le parent créancier et le tribunal ne sont d'aucune utilité pratique » (*Brown*, par. 44).

[141] While the presumption in favour of enforcing arrears may be rebutted in “unusual circumstances” (*Gray*, at para. 53), the standard should remain a stringent one. Rescission of arrears based solely on current financial incapacity should not be ordered lightly. It is a last resort in exceptional cases, such as where the payor suffers a “catastrophic injury” (*Gray*, at para. 53, citing *Tremblay v. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91). I agree with Ms. Colucci that the availability of rescission would otherwise become an “open invitation to intentionally avoid one’s legal obligations” (*Haisman* (Q.B.), at para. 18, citing *Schmidt v. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71 (Man. Q.B.), at p. 73; R.F., at para. 57). Simply stated, how many payors would pay in full when the amounts come due if they can expect to pay less later? The rule should not allow or encourage debtors to wait out their obligations or subvert statutory enforcement regimes that recognize child support arrears as debts to be taken seriously.

(b) *Application to the Present Case*

[142] To the extent that Mr. Colucci relies on current inability to pay in this case, his failure to adduce adequate evidence of his financial circumstances would be fatal to any application to rescind arrears. As stated by the Court of Appeal, Mr. Colucci has not provided complete and accurate disclosure of his income and assets and continued to misrepresent his financial circumstances in the course of the proceedings, including with respect to his inheritance from his mother’s estate (paras. 28 and 31-32). As such, he has not discharged his onus of showing that he will be unable to pay now or in the future even with a flexible payment plan.

VI. Disposition

[143] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

[141] Bien que la présomption en faveur de l’exécution de l’arriéré puisse être repoussée dans ces [TRADUCTION] « circonstances inhabituelles » (*Gray*, par. 53), la norme doit demeurer rigoureuse. L’annulation de l’arriéré sur le seul fondement de l’incapacité financière actuelle ne doit pas être ordonnée à la légère. Elle doit être utilisée en dernier recours dans des cas exceptionnels, comme lorsque le parent débiteur subit une [TRADUCTION] « blessure catastrophique » (*Gray*, par. 53, citant *Tremblay c. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91). Je partage l’opinion de M<sup>me</sup> Colucci portant que la possibilité d’obtenir l’annulation deviendrait autrement une [TRADUCTION] « invitation ouverte à éviter intentionnellement ses obligations légales » (*Haisman* (B.R.), par. 18, citant *Schmidt c. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71 (B.R. Man.), p. 73; m.i., par. 57). En termes simples, combien de parents débiteurs paieraient intégralement les montants à échéance s’ils peuvent s’attendre à payer moins plus tard? La règle ne doit pas permettre aux parents débiteurs de laisser courir leurs obligations ou de contourner les régimes légaux d’exécution qui reconnaissent l’arriéré de pensions alimentaires pour enfants comme une dette à prendre au sérieux, ni les inciter à le faire.

b) *Application au présent pourvoi*

[142] Dans la mesure où M. Colucci invoque son incapacité actuelle de payer en l’espèce, son omission de présenter une preuve adéquate de sa situation financière porterait un coup fatal à toute demande d’annulation de l’arriéré. Comme l’a affirmé la Cour d’appel, M. Colucci n’a pas fourni une communication complète et exacte de son revenu et de son actif et il a continué à présenter de façon inexacte sa situation financière au cours de l’instance, notamment à l’égard de son héritage provenant de la succession de sa mère (par. 28 et 31-32). Par conséquent, il ne s’est pas acquitté de son fardeau d’établir qu’il était incapable de payer actuellement ou à l’avenir, même avec des modalités de paiement souples.

VI. Dispositif

[143] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Gordner Law Firm, Windsor.*

*Procureurs de l'appelant : Gordner Law Firm, Windsor.*

*Solicitors for the respondent: Goldhart & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Goldhart & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Power Law, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Juristes Power, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Canada Without Poverty: Teshebaeva Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Canada sans pauvreté : Teshebaeva Henderson, Ottawa.*

**Estate of Bernard Sherman and Trustees of the Estate and Estate of Honey Sherman and Trustees of the Estate** *Appellants*

v.

**Kevin Donovan and Toronto Star Newspapers Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Canadian Civil Liberties Association, Income Security Advocacy Centre, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Citytv, a division of Rogers Media Inc., British Columbia Civil Liberties Association, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, HIV Legal Network and Mental Health Legal Committee** *Interveners*

INDEXED AS: SHERMAN ESTATE v. DONOVAN

2021 SCC 25

File No.: 38695.

2020: October 6; 2021: June 11.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Courts — Open court principle — Sealing orders — Discretionary limits on court openness — Important public*

**Succession de Bernard Sherman et fiduciaires de la succession et Succession de Honey Sherman et fiduciaires de la succession** *Appelants*

c.

**Kevin Donovan et Toronto Star Newspapers Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, Centre d'action pour la sécurité du revenu, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Citytv, a division of Rogers Media Inc., British Columbia Civil Liberties Association, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique VIH et Mental Health Legal Committee** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SHERMAN (SUCCESSION) c. DONOVAN

2021 CSC 25

N° du greffe : 38695.

2020 : 6 octobre; 2021 : 11 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

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

*Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires — Ordonnances de mise sous scellés — Limites*

*interest — Privacy — Dignity — Physical safety — Unexplained deaths of prominent couple generating intense public scrutiny and prompting trustees of estates to apply for sealing of probate files — Whether privacy and physical safety concerns advanced by estate trustees amount to important public interests at such serious risk to justify issuance of sealing orders.*

A prominent couple was found dead in their home. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest. To this day, the identity and motive of those responsible remain unknown, and the deaths are being investigated as homicides. The estate trustees sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events by seeking sealing orders of the probate files. Initially granted, the sealing orders were challenged by a journalist who had reported on the couple's deaths, and by the newspaper for which he wrote. The application judge sealed the probate files, concluding that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on privacy and physical safety interests. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and lifted the sealing orders. It concluded that the privacy interest advanced lacked a public interest quality, and that there was no evidence of a real risk to anyone's physical safety.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The estate trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. As such, the sealing orders should not have been issued. Open courts can be a source of inconvenience and embarrassment, but this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption of openness. That said, personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this affront, it is an important public interest and a court can make an exception to the open court principle if it is at

*discretionnaires à la publicité des débats judiciaires — Intérêt public important — Vie privée — Dignité — Sécurité physique — Décès inexpliqué d'un couple important suscitant une vive attention chez le public et amenant les fiduciaires des successions à demander la mise sous scellés des dossiers d'homologation — Les préoccupations en matière de vie privée et de sécurité physique soulevées par les fiduciaires des successions constituent-elles des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés qu'ils justifient le prononcé d'ordonnances de mise sous scellés?*

Un couple important a été retrouvé mort dans sa résidence. Les décès apparemment inexplicables ont suscité un vif intérêt chez le public. À ce jour, l'identité et le mobile des personnes responsables demeurent inconnus, et les décès font l'objet d'une enquête pour homicides. Les fiduciaires des successions ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements en sollicitant des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d'homologation. Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par un journaliste qui avait rédigé des articles sur le décès du couple, ainsi que par le journal pour lequel il écrivait. Le juge de première instance a fait placer sous scellés les dossiers d'homologation, concluant que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les intérêts en matière de vie privée et de sécurité physique l'emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables. La Cour d'appel à l'unanimité a accueilli l'appel et levé les ordonnances de mise sous scellés. Elle a conclu que l'intérêt en matière de vie privée qui avait été soulevé ne comportait pas la qualité d'intérêt public, et qu'il n'y avait aucun élément de preuve d'un risque réel pour la sécurité physique de quiconque.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les fiduciaires des successions n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important en vertu du test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, les ordonnances de mise sous scellés n'auraient pas dû être rendues. La publicité des débats judiciaires peut être source d'inconvénients et d'embarras, mais ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats. Cela dit, la diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte



serious risk. In this case, the risks to privacy and physical safety cannot be said to be sufficiently serious.

Court proceedings are presumptively open to the public. Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of Canadian democracy. Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the principle of open justice. The open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature. Matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of estate trustee in Ontario is a court proceeding engaging the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — such that the strong presumption of openness applies.

The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining the presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect other public interests where they arise. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that (1) court openness poses a serious risk to an important public interest; (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time and now extends generally to important public interests. The breadth of this category transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause. While there is no closed list of important public interests, courts must be cautious and alive to the fundamental importance of the open court rule when they are identifying them.

à la dignité d'une personne. Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important et un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires si elle est sérieusement menacée. Dans la présente affaire, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée et pour la sécurité physique est suffisamment sérieux.

Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public. La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie canadienne. On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte des procédures judiciaires qu'elle est indissociable du principe de publicité. Le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature. Les questions soulevées dans un dossier d'homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L'obtention d'un certificat de nomination à titre de fiduciaire d'une succession en Ontario est une procédure judiciaire qui met en cause la raison d'être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l'administration de la justice par la transparence —, de sorte que la forte présomption de publicité s'applique.

Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir la présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger d'autres intérêts publics lorsqu'ils entrent en jeu. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir ce qui suit : (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s'est élargie au fil du temps et s'étend désormais en général aux intérêts publics importants. L'étendue de cette catégorie transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l'atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu'une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer. Bien qu'il n'y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants, les tribunaux doivent faire preuve de prudence

Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute. By contrast, whether that interest is at serious risk is a fact-based finding that is necessarily made in context. The identification of an important interest and the seriousness of the risk to that interest are thus theoretically separate and qualitatively distinct operations.

Privacy has been championed as a fundamental consideration in a free society, and its public importance has been recognized in various settings. Though an individual's privacy will be pre-eminently important to that individual, the protection of privacy is also in the interest of society as a whole. Privacy therefore cannot be rejected as a mere personal concern: some personal concerns relating to privacy overlap with public interests.

However, cast too broadly, the recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness. The privacy of individuals will be at risk in many court proceedings. Furthermore, privacy is a complex and contextual concept, making it difficult for courts to measure. Recognizing an important interest in privacy generally would accordingly be unworkable.

Instead, the public character of the privacy interest involves protecting individuals from the threat to their dignity. Dignity in this sense involves the right to present core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner; it is an expression of an individual's unique personality or personhood. This interest is consistent with the Court's emphasis on the importance of privacy, but is tailored to preserve the strong presumption of openness.

Privacy as predicated on dignity will be at serious risk in limited circumstances. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness. Dignity will be at serious risk only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive or private such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their

et avoir pleinement conscience de l'importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires lorsqu'ils les constatent. Déterminer ce qu'est un intérêt public important peut se faire dans l'abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné. En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un risque sérieux menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui est nécessairement prise eu égard au contexte. Le fait de constater un intérêt important et celui de constater le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont donc en théorie des opérations séparées et qualitativement distinctes.

La vie privée a été défendue en tant que considération fondamentale d'une société libre et son importance pour le public a été reconnue dans divers contextes. Bien que la vie privée d'une personne soit d'une importance primordiale pour celle-ci, la protection de la vie privée est également dans l'intérêt de la société dans son ensemble. La vie privée ne saurait donc être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle : il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public.

Cependant, si la vie privée est définie trop largement, la reconnaissance d'un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité. La vie privée des personnes sera menacée dans de nombreuses procédures judiciaires. De plus, la vie privée est une notion complexe et contextuelle, de sorte qu'il est difficile pour les tribunaux de la mesurer. La reconnaissance d'un intérêt important à l'égard de la notion générale de vie privée serait donc irréalisable.

Le caractère public de l'intérêt en matière de vie privée consiste plutôt à protéger les gens contre la menace à leur dignité. La dignité en ce sens comporte le droit de présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée; il s'agit de l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne. Cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée, tout en permettant de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

Se fondant sur la dignité, la vie privée sera sérieusement menacée dans des circonstances limitées. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte à la publicité des débats judiciaires. La dignité ne sera sérieusement menacée que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats sont suffisamment sensibles ou privés pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de

integrity. The question is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. The seriousness of the risk may be affected by the extent to which information is disseminated and already in the public domain, and the probability of the dissemination actually occurring. The burden is on the applicant to show that privacy, understood in reference to dignity, is at serious risk; this erects a fact-specific threshold consistent with the presumption of openness.

There is also an important public interest in protecting individuals from physical harm, but a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to this important public interest. Direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important public interest, as objectively discernable harm may be identified on the basis of logical inferences. But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. It is not just the probability of the feared harm, but also the gravity of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. Mere assertions of grave physical harm are therefore insufficient.

In addition to a serious risk to an important interest, it must be shown that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. Il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. La mesure dans laquelle les renseignements sont diffusés et font déjà partie du domaine public, ainsi que la probabilité que la diffusion se produise réellement, peuvent avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Il incombe au demandeur de démontrer que la vie privée, considérée au regard de la dignité, est sérieusement menacée; cela permet d'établir un seuil, tributaire des faits, compatible avec la présomption de publicité des débats.

Il existe également un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique, mais une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour cet intérêt public important. Une preuve directe n'est pas nécessairement exigée pour démontrer qu'un intérêt public important est sérieusement menacé, car il est possible d'établir l'existence d'un préjudice objectivement discernable sur la base d'inférences logiques. Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Ce n'est pas seulement la probabilité du préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. Le simple fait d'invoquer un préjudice physique grave n'est donc pas suffisant.

Il faut démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

In the present case, the risk to the important public interest in privacy, defined in reference to dignity, is not serious. The information contained in the probate files does not reveal anything particularly private or highly sensitive. It has not been shown that it would strike at the biographical core of the affected individuals in a way that would undermine their control over the expression of their identities. Furthermore, the record does not show a serious risk of physical harm. The estate trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not a reasonable inference but is speculation.

Even if the estate trustees had succeeded in showing a serious risk to privacy, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. As a final barrier, the estate trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order.

### Cases Cited

**Applied:** *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 11; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R.

En l'espèce, le risque pour l'intérêt public important en matière de vie privée, défini au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements contenus dans les dossiers d'homologation ne révèlent rien de particulièrement privé ni de très sensible. Il n'a pas été démontré qu'ils toucheraient au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. De plus, le dossier ne démontre pas l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les fiduciaires des successions ont demandé au juge de première instance d'inférer non seulement le fait qu'un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu'il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Déduire tout cela en se fondant sur les décès et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts ne constitue pas une inférence raisonnable, mais une conjecture.

Même si les fiduciaires des successions avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour la vie privée, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. Comme dernier obstacle, les fiduciaires des successions auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emportaient sur ses effets préjudiciables.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *R. c. Oakes*,

(3d) 221; *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629; *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; *A. v. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

### Statutes and Regulations Cited

Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8.

Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, s. 5.

Civil Code of Québec, arts. 35 to 41.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 12.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21.

[1986] 1 R.C.S. 103; *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221; *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629; *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

### Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 5.

Code civil du Québec, art. 35 à 41.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 12.

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F.31.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5.

Projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 2<sup>e</sup> sess., 43<sup>e</sup> lég., 2020.

**Authors Cited**

- Ardia, David S. “Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity” (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. “Re-reading Westin” (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. “Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information” (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143.
- Cockfield, Arthur J. “Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. “Privacy and Speech”, [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. “A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. “Dignity and Selective Self-Presentation”, in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*. New York: Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01*. Montréal: SOQUIJ, 2015.

**Doctrine et autres documents cités**

- Ardia, David S. « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143.
- Cockfield, Arthur J. « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. « Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. « Dignity and Selective Self-Presentation », in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, New York, Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, 2015.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. “Article 12”, dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*. Toronto: Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. “Conceptualizing Privacy” (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rouleau and Hourigan JJ.A.), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), setting aside a decision of Dunphy J., 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Chantelle Cseh and Timothy Youdan*, for the appellants.

*Iris Fischer and Skye A. Sepp*, for the respondents.

*Peter Scrutton*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jaqueline Hughes*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Ryder Gilliland*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Ewa Krajewska*, for the intervener the Income Security Advocacy Centre.

*Robert S. Anderson, Q.C.*, for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

*Adam Goldenberg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Khalid Janmohamed*, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. « Article 12 », dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dunphy, 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Chantelle Cseh et Timothy Youdan*, pour les appelants.

*Iris Fischer et Skye A. Sepp*, pour les intimés.

*Peter Scrutton*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Jaqueline Hughes*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ryder Gilliland*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Ewa Krajewska*, pour l’intervenant le Centre d’action pour la sécurité du revenu.

*Robert S. Anderson, c.r.*, pour les intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

*Adam Goldenberg*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Khalid Janmohamed*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH et Mental Health Legal Committee.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

### I. Overview

[1] This Court has been resolute in recognizing that the open court principle is protected by the constitutionally-entrenched right of freedom of expression and, as such, it represents a central feature of a liberal democracy. As a general rule, the public can attend hearings and consult court files and the press — the eyes and ears of the public — is left free to inquire and comment on the workings of the courts, all of which helps make the justice system fair and accountable.

[2] Accordingly, there is a strong presumption in favour of open courts. It is understood that this allows for public scrutiny which can be the source of inconvenience and even embarrassment to those who feel that their engagement in the justice system brings intrusion into their private lives. But this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption that the public can attend hearings and that court files can be consulted and reported upon by the free press.

[3] Notwithstanding this presumption, exceptional circumstances do arise where competing interests justify a restriction on the open court principle. Where a discretionary court order limiting constitutionally-protected openness is sought — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — the applicant must demonstrate, as a threshold requirement, that openness presents a serious risk to a competing interest of public importance. That this requirement is considered a high bar serves to maintain the strong presumption of open courts. Moreover, the protection of open courts does not stop there. The applicant must still show that the order is necessary to prevent the risk and that, as a matter of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

### I. Survol

[1] La Cour a toujours fermement reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires est protégé par le droit constitutionnel à la liberté d'expression, et qu'il représente à ce titre un élément fondamental d'une démocratie libérale. En règle générale, le public peut assister aux audiences et consulter les dossiers judiciaires, et les médias — les yeux et les oreilles du public — sont libres de poser des questions et de formuler des commentaires sur les activités des tribunaux, ce qui contribue à rendre le système judiciaire équitable et responsable.

[2] Par conséquent, il existe une forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires. Il est entendu que cela permet un examen public minutieux qui peut être source d'inconvénients, voire d'embarras, pour ceux qui estiment que leur implication dans le système judiciaire entraîne une atteinte à leur vie privée. Cependant, ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption voulant que le public puisse assister aux audiences, et que les dossiers judiciaires puissent être consultés et leur contenu rapporté par une presse libre.

[3] Malgré cette présomption, il se présente des circonstances exceptionnelles où des intérêts opposés justifient de restreindre le principe de la publicité des débats judiciaires. Lorsqu'un demandeur sollicite une ordonnance judiciaire discrétionnaire limitant le principe constitutionnalisé de la publicité des procédures judiciaires — par exemple, une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage —, il doit démontrer, comme condition préliminaire, que la publicité des débats en cause présente un risque sérieux pour un intérêt opposé qui revêt une importance pour le public. Le fait que cette condition soit considérée comme un seuil élevé vise à assurer



proportionality, the benefits of that order restricting openness outweigh its negative effects.

[4] This appeal turns on whether concerns advanced by persons seeking an exception to the ordinarily open court file in probate proceedings — the concerns for privacy of the affected individuals and their physical safety — amount to important public interests that are at such serious risk that the files should be sealed. The parties to this appeal agree that physical safety is an important public interest that could justify a sealing order but disagree as to whether that interest would be at serious risk, in the circumstances of this case, should the files be unsealed. They further disagree whether privacy is in itself an important interest that could justify a sealing order. The appellants say that privacy is a public interest of sufficient import that can justify limits on openness, especially in light of the threats individuals face as technology facilitates widespread dissemination of personally sensitive information. They argue that the Court of Appeal was mistaken to say that personal concerns for privacy, without more, lack the public interest component that is properly the subject-matter of a sealing order.

[5] This Court has, in different settings, consistently championed privacy as a fundamental consideration in a free society. Pointing to cases decided in other contexts, the appellants contend that privacy should be recognized here as a public interest that, on the facts of this case, substantiates their plea for orders sealing the probate files. The respondents resist,

le maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires. En outre, la protection accordée à la publicité des débats ne s'arrête pas là. Le demandeur doit encore démontrer que l'ordonnance est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de cette ordonnance restreignant la publicité l'emportent sur ses effets négatifs.

[4] Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les préoccupations soulevées par les personnes qui demandent qu'une exception soit faite à la publicité habituelle des dossiers judiciaires dans le cadre de procédures d'homologation successorale — à savoir les préoccupations concernant la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées — constituent des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés que les dossiers devraient être mis sous scellés. Les parties au présent pourvoi conviennent que la sécurité physique constitue un intérêt public important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés, mais elles ne s'entendent pas sur la question de savoir si cet intérêt serait sérieusement menacé, dans les circonstances de l'espèce, advenant la levée des scellés. Elles sont également en désaccord sur la question de savoir si la vie privée constitue en elle-même un intérêt important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés. Les appelants affirment que la vie privée est un intérêt public suffisamment important pouvant justifier l'imposition de limites à la publicité des débats judiciaires, plus particulièrement à la lumière des menaces auxquelles les gens sont exposés dans un contexte où la technologie facilite la diffusion à grande échelle de renseignements personnels sensibles. Ils font valoir que la Cour d'appel a eu tort d'affirmer que les préoccupations personnelles en matière de vie privée, à elles seules, ne comportent pas l'élément d'intérêt public qui relève à juste titre d'une ordonnance de mise sous scellés.

[5] Notre Cour a, dans différents contextes, défendu de manière constante la vie privée en tant que considération fondamentale d'une société libre. Invoquant des arrêts rendus dans d'autres contextes, les appelants soutiennent que la vie privée devrait être reconnue en l'espèce comme un intérêt public qui, au vu des faits de la présente affaire, étaye leur

recalling that privacy has generally been seen as a poor justification for an exception to openness. After all, they say, virtually every court proceeding entails some disquiet for the lives of those concerned and these intrusions on privacy must be tolerated because open courts are essential to a healthy democracy.

[6] This appeal offers, then, an occasion to decide whether privacy can amount to a public interest in the open court jurisprudence and, if so, whether openness puts privacy at serious risk here so as to justify the kind of orders sought by the appellants.

[7] For the reasons that follow, I propose to recognize an aspect of privacy as an important public interest for the purposes of the relevant test from *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Proceedings in open court can lead to the dissemination of highly sensitive personal information that would result not just in discomfort or embarrassment, but in an affront to the affected person's dignity. Where this narrower dimension of privacy, rooted in what I see as the public interest in protecting human dignity, is shown to be at serious risk, an exception to the open court principle may be justified.

[8] In this case, and with this interest in mind, it cannot be said that the risk to privacy is sufficiently serious to overcome the strong presumption of openness. The same is true of the risk to physical safety here. The Court of Appeal was right in the circumstances to set aside the sealing orders and I would therefore dismiss the appeal.

plaidoyer en faveur du prononcé d'ordonnances de mise sous scellés des dossiers d'homologation. Les intimés s'opposent à ce que de telles ordonnances soient rendues, rappelant que la protection de la vie privée est généralement considérée comme une faible justification à une exception à la publicité des débats. Ils affirment qu'après tout, presque chaque procédure judiciaire entraîne un certain dérangement dans la vie des personnes concernées et que ces atteintes à la vie privée doivent être tolérées parce que la publicité des débats judiciaires est essentielle à une saine démocratie.

[6] Le présent pourvoi offre donc l'occasion de trancher la question de savoir si la vie privée peut constituer un intérêt public suivant la jurisprudence relative à la publicité des débats judiciaires et, dans l'affirmative, si la publicité des débats menace sérieusement la vie privée en l'espèce au point de justifier le type d'ordonnances demandé par les appelants.

[7] Pour les motifs qui suivent, je propose de reconnaître qu'un aspect de la vie privée constitue un intérêt public important pour l'application du test pertinent énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. La tenue de procédures judiciaires publiques peut mener à la diffusion de renseignements personnels très sensibles, laquelle entraînerait non seulement un désagrément ou de l'embarras pour la personne touchée, mais aussi une atteinte à sa dignité. Dans les cas où il est démontré que cette dimension plus restreinte de la vie privée, qui me semble tirer son origine de l'intérêt du public à la protection de la dignité humaine, est sérieusement menacée, une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut être justifiée.

[8] Dans la présente affaire, et en gardant cet intérêt à l'esprit, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée est suffisamment sérieux pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats judiciaires. Il en est de même du risque pour la sécurité physique en l'espèce. Dans les circonstances, la Cour d'appel a eu raison d'annuler les ordonnances de mise sous scellés et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Background

[9] Prominent in business and philanthropic circles, Bernard Sherman and Honey Sherman were found dead in their Toronto home in December of 2017. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest and press scrutiny. In January of the following year, the Toronto Police Service announced that the deaths were being investigated as homicides. As the present matter came before the courts, the identity and motive of those responsible remained unknown.

[10] The couple's estates and estate trustees (collectively the "Trustees")<sup>1</sup> sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events. The Trustees hoped to see to the orderly transfer of the couple's property, at arm's length from what they saw as the public's morbid interest in the unexplained deaths and the curiosity around apparently great sums of money involved.

[11] When the time came to obtain certificates of appointment of estate trustee from the Superior Court of Justice, the Trustees sought a sealing order so that the estate trustees and beneficiaries ("affected individuals") might be spared any further intrusions into their privacy and be protected from what was alleged to be a risk to their safety. The Trustees argued that if the information in the court files was revealed to the public, the safety of the affected individuals would be at risk and their privacy compromised as long as the deaths were unexplained and those responsible for the tragedy remained at large. In support of their request, they argued that there was a real and substantial risk that the affected individuals would suffer serious harm from the public exposure of the materials in the circumstances.

<sup>1</sup> As noted in the title of proceedings, the appellants in this matter have been referred to consistently as the "Estate of Bernard Sherman and Trustees of the Estate and Estate of Honey Sherman and Trustees of the Estate". In these reasons the appellants are referred to throughout as the "Trustees" for convenience.

## II. Contexte

[9] Bernard Sherman et Honey Sherman, figures importantes du monde des affaires et de la philanthropie, ont été retrouvés morts dans leur résidence de Toronto en décembre 2017. Leur décès apparemment inexpliqué a suscité un vif intérêt chez le public et une attention médiatique intense. En janvier de l'année suivante, le service de police de Toronto a annoncé que les décès faisaient l'objet d'une enquête pour homicides. Au moment où l'affaire a été portée devant les tribunaux, l'identité et le mobile des personnes responsables demeuraient inconnus.

[10] Les successions du couple et les fiduciaires des successions (collectivement les « fiduciaires »)<sup>1</sup> ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements. Les fiduciaires souhaitaient veiller au transfert harmonieux des biens du couple, à distance de ce qu'ils percevaient comme un intérêt morbide du public pour les décès inexplicés et la curiosité suscitée par les importantes sommes d'argent apparemment en jeu.

[11] Quand le temps est venu d'obtenir auprès de la Cour supérieure de justice leurs certificats de nomination à titre de fiduciaires des successions, les fiduciaires ont sollicité une ordonnance de mise sous scellés dans le but d'épargner aux fiduciaires des successions et aux bénéficiaires (« personnes touchées ») de nouvelles atteintes à leur vie privée, et de les protéger contre ce qui, selon les allégations, aurait constitué un risque pour leur sécurité. Les fiduciaires ont soutenu que, si les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires étaient révélés au public, la sécurité des personnes touchées serait menacée et leur vie privée compromise tant et aussi longtemps que les décès demeureraient inexplicés et que les personnes responsables de la tragédie seraient en liberté. À l'appui de leur demande, ils ont fait valoir qu'il existait un risque réel et important que les personnes touchées subissent un préjudice sérieux en raison de la diffusion publique des documents dans les circonstances.

<sup>1</sup> Comme l'indique l'intitulé de la cause, les appelants en l'espèce ont, tout au long des procédures, été désignés comme suit : « succession de Bernard Sherman et fiduciaires de la succession et succession de Honey Sherman et fiduciaires de la succession ». Dans les présents motifs, les appelants sont appelés les « fiduciaires » par souci de commodité.

[12] Initially granted, the sealing orders were challenged by Kevin Donovan, a journalist who had written a series of articles on the couple's deaths, and Toronto Star Newspapers Ltd., for which he wrote (collectively the "Toronto Star").<sup>2</sup> The Toronto Star said the orders violated its constitutional rights of freedom of expression and freedom of the press, as well as the attending principle that the workings of the courts should be open to the public as a means of guaranteeing the fair and transparent administration of justice.

### III. Proceedings Below

#### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (Dunphy J.)*

[13] In addressing whether the circumstances warranted interference with the open court principle, the application judge relied on this Court's judgment in *Sierra Club*. He noted that a confidentiality order should only be granted when: "(1) such an order is necessary . . . to prevent a serious risk to an important interest because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression and the public interest in open and accessible court proceedings" (para. 13(d)).

[14] The application judge considered whether the Trustees' interests would be served by granting the sealing orders. In his view, the Trustees had correctly identified two legitimate interests in support of making an exception to the open court principle: "protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones" and "a reasonable apprehension

<sup>2</sup> The use of "Toronto Star" as a collective term referring to both respondents should not be taken to suggest that only Toronto Star Newspapers Ltd. is participating in this appeal. Mr. Donovan is the only respondent to have been a party throughout. Toronto Star Newspapers Ltd. was a party in first instance, but was removed as a party on consent at the Court of Appeal. By order of Karakatsanis J. dated March 25, 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. was added as a respondent in this Court.

[12] Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par Kevin Donovan, un journaliste qui avait rédigé une série d'articles sur le décès du couple, ainsi que par Toronto Star Newspapers Ltd., le journal pour lequel il écrivait (collectivement le « Toronto Star »)<sup>2</sup>. Le Toronto Star a affirmé que les ordonnances portaient atteinte à ses droits constitutionnels à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, ainsi qu'au principe corollaire selon lequel les activités des tribunaux devraient être accessibles au public comme moyen de garantir l'équité et la transparence de l'administration de la justice.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (le juge Dunphy)*

[13] Examinant la question de savoir si les circonstances justifiaient une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, le juge de première instance s'est appuyé sur l'arrêt *Sierra Club* de notre Cour. Il a souligné qu'une ordonnance de confidentialité ne devrait être accordée que si [TRADUCTION] : « (1) elle est nécessaire [. . .] pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression et l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires » (par. 13(d)).

[14] Le juge de première instance a examiné la question de savoir si les intérêts des fiduciaires seraient servis par l'octroi des ordonnances de mise sous scellés. À son avis, les fiduciaires avaient correctement mis en évidence deux intérêts légitimes à l'appui d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, à savoir [TRADUCTION] « la

<sup>2</sup> L'utilisation du terme « Toronto Star » pour désigner collectivement les deux intimés ne devrait pas être interprétée comme indiquant que seule la société Toronto Star Newspapers Ltd. participe au présent pourvoi. Monsieur Donovan est le seul intimé à avoir été une partie devant toutes les cours. Toronto Star Newspapers Ltd. a participé à la première instance, mais, sur consentement, elle a été retirée comme partie à la Cour d'appel. Par une ordonnance de la juge Karakatsanis datée du 25 mars 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. a été ajoutée en tant qu'intimée devant notre Cour.

of risk on behalf of those known to have an interest in receiving or administering the assets of the deceased” (paras. 22-25). With respect to the first interest, the application judge found that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity has already been extreme and . . . excruciating” (para. 23). For the second interest, although he noted that “it would have been preferable to include objective evidence of the gravity of that risk from, for example, the police responsible for the investigation”, he concluded that “the lack of such evidence is not fatal” (para. 24). Rather, the necessary inferences could be drawn from the circumstances notably the “willingness of the perpetrator(s) of the crimes to resort to extreme violence to pursue whatever motive existed” (*ibid.*). He concluded that the “current uncertainty” was the source of a reasonable apprehension of the risk of harm and, further, that the foreseeable harm was “grave” (*ibid.*).

[15] The application judge ultimately accepted the Trustees’ submission that these interests “very strongly outweigh” what he called the proportionately narrow public interest in the “essentially administrative files” at issue (paras. 31 and 33). He therefore concluded that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on the rights and interests of the affected individuals.

[16] Finally, the application judge considered what order would protect the affected individuals while infringing upon the open court principle to the minimum extent possible. He decided no meaningful part of either file could be disclosed if one were to make the redactions necessary to protect the interests he had identified. Open-ended sealing orders did not, however, sit well with him. The application judge therefore sealed the files for an initial period of two years, with the possibility of renewal.

protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers », et « une crainte raisonnable d’un risque de préjudice chez les personnes connues comme ayant un intérêt à recevoir ou à administrer les biens des défunts » (par. 22-25). S’agissant du premier intérêt, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité est déjà extrême et [. . .] insoutenable » (par. 23). En ce qui a trait au deuxième intérêt, bien qu’il ait souligné qu’« il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs de la gravité de ce risque, obtenus, par exemple, auprès des policiers responsables de l’enquête », il a conclu que « l’absence de tels éléments de preuve n’est pas fatale » (par. 24). Les inférences nécessaires pouvaient plutôt être tirées des circonstances, notamment [TRADUCTION] « la volonté de la personne ou des personnes ayant perpétré les crimes de recourir à une violence extrême pour obéir à un mobile quelconque » (*ibid.*). Il a conclu que [TRADUCTION] « l’incertitude actuelle » était source d’une crainte raisonnable du risque de préjudice, et qu’en outre, le préjudice prévisible était « grave » (*ibid.*).

[15] Le juge de première instance a finalement accepté l’argument des fiduciaires selon lequel ces intérêts [TRADUCTION] « l’emportent très fortement » sur ce qu’il a qualifié d’intérêt public proportionnellement restreint à l’égard des « dossiers essentiellement administratifs » en cause (par. 31 et 33). Il a donc conclu que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les droits et les intérêts des personnes touchées l’emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables.

[16] Enfin, le juge de première instance a examiné la question de savoir quelle ordonnance protégerait les personnes touchées tout en portant le moins possible atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Il a décidé que, si l’on devait apporter aux deux dossiers le caviardage nécessaire à la protection des intérêts qu’il avait constatés, il n’en resterait plus aucun passage digne d’intérêt susceptible d’être divulgué. Des ordonnances de mise sous scellés d’une durée indéterminée ne lui semblaient toutefois pas une bonne solution. Le juge de première instance a donc fait placer sous scellés les dossiers pour une période initiale de deux ans, avec possibilité de renouvellement.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (Doherty, Rouleau and Hourigan J.J.A.)*

[17] The Toronto Star’s appeal was allowed, unanimously, and the sealing orders were lifted.

[18] The Court of Appeal considered the two interests advanced before the application judge in support of the orders to seal the probate files. As to the need to protect the privacy and dignity of the victims of violent crime and their loved ones, it recalled that the kind of interest that is properly protected by a sealing order must have a public interest component. Citing *Sierra Club*, the Court of Appeal wrote that “[p]ersonal concerns cannot, without more, justify an order sealing material that would normally be available to the public under the open court principle” (para. 10). It concluded that the privacy interest for which the Trustees sought protection lacked this quality of public interest.

[19] While it recognized the personal safety of individuals as an important public interest generally, the Court of Appeal wrote that there was no evidence in this case that could warrant a finding that disclosure of the contents of the estate files posed a real risk to anyone’s physical safety. The application judge had erred on this point: “the suggestion that the beneficiaries and trustees are somehow at risk because the Shermans were murdered is not an inference, but is speculation. It provides no basis for a sealing order” (para. 16).

[20] The Court of Appeal concluded that the Trustees had failed the first stage of the test for obtaining orders sealing the probate files. It therefore allowed the appeal and set aside the orders.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan)*

[17] L’appel interjeté par le Toronto Star a été accueilli à l’unanimité et les ordonnances de mise sous scellés ont été levées.

[18] La Cour d’appel a examiné les deux intérêts qui avaient été soulevés devant le juge de première instance au soutien des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d’homologation. En ce qui concerne la nécessité de protéger la vie privée et la dignité des victimes de crimes violents et de leurs êtres chers, elle a rappelé que le type d’intérêt qui est à juste titre protégé par une ordonnance de mise sous scellés doit comporter un élément d’intérêt public. Citant l’arrêt *Sierra Club*, la Cour d’appel a écrit que [TRADUCTION] « [d]es préoccupations personnelles ne peuvent à elles seules justifier une ordonnance de mise sous scellés de documents qui seraient normalement accessibles au public en vertu du principe de la publicité des débats judiciaires » (par. 10). Elle a conclu que l’intérêt en matière de vie privée à l’égard duquel les fiduciaires sollicitaient une protection ne comportait pas cette qualité d’intérêt public.

[19] Bien qu’elle ait reconnu que la sécurité personnelle des gens constituait, de manière générale, un intérêt public important, la Cour d’appel a écrit qu’il n’y avait aucun élément de preuve en l’espèce permettant de conclure que la divulgation du contenu des dossiers de succession posait un risque réel pour la sécurité physique de quiconque. Le juge de première instance avait commis une erreur sur ce point : [TRADUCTION] « l’idée selon laquelle les bénéficiaires et les fiduciaires sont en quelque sorte en danger parce que les Sherman ont été assassinés n’est pas une inférence, mais une conjecture. Elle ne justifie aucunement l’octroi d’une ordonnance de mise sous scellés » (par. 16).

[20] La Cour d’appel a conclu que les fiduciaires n’avaient pas franchi la première étape du test relatif à l’obtention d’ordonnances de mise sous scellés des dossiers d’homologation. Elle a donc accueilli l’appel et annulé les ordonnances.

### C. *Subsequent Proceedings*

[21] The Court of Appeal's order setting aside the sealing orders has been stayed pending the disposition of this appeal. The Toronto Star brought a motion to adduce new evidence on this appeal, comprised of land titles documents, transcripts of the cross-examination of a detective on the murder investigation, and various news articles. This evidence, it says, supports the conclusion that the sealing orders should be lifted. The motion was referred to this panel.

### IV. Submissions

[22] The Trustees have appealed to this Court seeking to restore the sealing orders made by the application judge. In addition to contesting the motion for new evidence, they maintain that the orders are necessary to prevent a serious risk to the privacy and physical safety of the affected individuals and that the salutary effects of sealing the court probate files outweigh the harmful effects of limiting court openness. The Trustees argue that two legal errors led the Court of Appeal to conclude otherwise.

[23] First, they submit the Court of Appeal erred in holding that privacy is a personal concern that cannot, without more, constitute an important interest under *Sierra Club*. The Trustees say the application judge was right to characterize privacy and dignity as an important public interest which, as it was subject to a serious risk, justified the orders. They ask this Court to recognize that privacy in itself is an important public interest for the purposes of the analysis.

[24] Second, the Trustees submit that the Court of Appeal erred in overturning the application judge's conclusion that there was a serious risk of physical

### C. *Procédures subséquentes*

[21] L'ordonnance de la Cour d'appel annulant les ordonnances de mise sous scellés a été suspendue en attendant l'issue du présent pourvoi. Le Toronto Star a présenté une requête pour être autorisé à déposer de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du pourvoi, éléments de preuve qui comprennent des documents d'enregistrement des droits immobiliers, des transcriptions du contre-interrogatoire d'un détective sur l'enquête relative aux meurtres ainsi que divers articles de presse. Ces éléments de preuve, affirme-t-il, étayaient la conclusion selon laquelle les ordonnances de mise sous scellés devraient être levées. La requête a été renvoyée à notre formation.

### IV. Moyens

[22] Les fiduciaires ont interjeté appel devant notre Cour pour demander le rétablissement des ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance. En plus de contester la requête en production de nouveaux éléments de preuve, ils soutiennent que les ordonnances sont nécessaires pour écarter un risque sérieux pour la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées, et que les effets bénéfiques de la mise sous scellés des dossiers d'homologation judiciaire l'emportent sur les effets préjudiciables du fait de limiter la publicité des débats judiciaires. Les fiduciaires soutiennent que deux erreurs de droit ont amené la Cour d'appel à conclure autrement.

[23] Premièrement, ils soutiennent que la Cour d'appel a conclu à tort que la vie privée est une préoccupation personnelle qui ne peut, à elle seule, constituer un intérêt important suivant l'arrêt *Sierra Club*. Les fiduciaires affirment que le juge de première instance a qualifié à bon droit la vie privée et la dignité comme un intérêt public important qui, étant exposé à un risque sérieux, justifiait les ordonnances. Ils demandent à notre Cour de reconnaître que la vie privée constitue en elle-même un intérêt public important pour les besoins de l'analyse.

[24] Deuxièmement, les fiduciaires avancent que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge de première instance selon

harm. They argue that the Court of Appeal failed to recognize that courts have the ability to draw reasonable inferences by applying reason and logic even in the absence of specific evidence of the alleged risk.

[25] The Trustees say that these errors led the Court of Appeal to mistakenly set aside the sealing orders. In answer to questions at the hearing, the Trustees acknowledged that an order redacting certain documents in the file or a publication ban could assist in addressing some of their concerns, but maintained neither is a reasonable alternative to the sealing orders in the circumstances.

[26] The Trustees submit further that the protection of these interests outweighs the deleterious effects of the orders. They argue that the importance of the open court principle is attenuated by the nature of these probate proceedings. Given that it is non-contentious and not strictly speaking necessary for the transfer of property at death, probate is a court proceeding of an “administrative” character, which diminishes the imperative of applying the open court principle here (paras. 113-14).

[27] The Toronto Star takes the position that the Court of Appeal made no mistake in setting aside the sealing orders and that the appeal should be dismissed. In the Toronto Star’s view, while privacy can be an important interest where it evinces a public component, the Trustees have only identified a subjective desire for the affected individuals in this case to avoid further publicity, which is not inherently harmful. According to the Toronto Star and some of the interveners, the Trustees’ position would allow that measure of inconvenience and embarrassment that arises in every court proceeding to take precedence over the interest in court openness protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in which all of society has a stake. The Toronto Star argues further that the information in the court files

laquelle il y avait un risque sérieux de préjudice physique. Ils font valoir que la Cour d’appel n’a pas reconnu que les tribunaux sont habilités à tirer des inférences raisonnables sur le fondement de la raison et de la logique, même en l’absence d’éléments de preuve précis du risque allégué.

[25] Les fiduciaires affirment que ces erreurs ont amené la Cour d’appel à annuler à tort les ordonnances de mise sous scellés. En réponse aux questions qui leur ont été posées à l’audience, les fiduciaires ont reconnu qu’une ordonnance de caviardage de certains documents dans le dossier ou encore une interdiction de publication pourrait contribuer à apaiser certaines de leurs préoccupations, mais ils ont maintenu qu’aucune de ces mesures ne constituait une solution de rechange raisonnable aux ordonnances de mise sous scellés dans les circonstances.

[26] Les fiduciaires font également valoir que la protection de ces intérêts l’emporte sur les effets préjudiciables des ordonnances. Ils soutiennent que la nature des procédures d’homologation successorale dans la présente affaire atténue l’importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Étant donné qu’elle n’est ni contentieuse ni, à proprement parler, nécessaire au transfert des biens au décès, l’homologation est une procédure judiciaire de nature [TRADUCTION] « administrative », ce qui réduit la nécessité d’appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires à l’espèce (par. 113-114).

[27] Le Toronto Star soutient pour sa part que la Cour d’appel n’a commis aucune erreur en annulant les ordonnances de mise sous scellés et que l’appel devrait être rejeté. Selon le Toronto Star, bien que la vie privée puisse constituer un intérêt important quand elle révèle la présence d’un élément public, les fiduciaires ont seulement fait état d’un désir subjectif de la part des personnes touchées en l’espèce d’éviter toute publicité supplémentaire, laquelle n’est pas préjudiciable en soi. De l’avis du Toronto Star et de certains des intervenants, la position des fiduciaires reviendrait à permettre à cette part d’inconvénients et d’embarras propre à toute instance judiciaire à avoir préséance sur l’intérêt dans la publicité des débats judiciaires, un principe qui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans



is not highly sensitive. On the issue of whether the sealing orders were necessary to protect the affected individuals from physical harm, the Toronto Star submits that the Court of Appeal was right to conclude that the Trustees had failed to establish a serious risk to this interest.

[28] In the alternative, even if there were a serious risk to one or another important interest, the Toronto Star says the sealing orders are not necessary because the risk could be addressed by an alternative, less onerous order. Furthermore, it says the orders are not proportionate. In seeking to minimize the importance of openness in probate proceedings, the Trustees invite an inflexible approach to balancing the effects of the order that is incompatible with the principle that openness applies to all court proceedings. In any event, there is a public interest in openness specifically here, given that the certificates sought can affect the rights of third parties and that openness ensures the fairness of the proceedings, whether they are contested or not.

## V. Analysis

[29] The outcome of the appeal turns on whether the application judge should have made the sealing orders pursuant to the test for discretionary limits on court openness from this Court's decision in *Sierra Club*.

[30] Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of our democracy (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paras. 23-26). Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the

lequel toute la société a un intérêt. Le Toronto Star soutient également que les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne sont pas de nature très sensible. En ce qui a trait à la question de savoir si les ordonnances de mise sous scellés étaient nécessaires pour protéger les personnes touchées d'un préjudice physique, le Toronto Star fait valoir que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les fiduciaires n'avaient pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

[28] Subsidiairement, le Toronto Star affirme que, même s'il existe un risque sérieux pour un intérêt important quelconque, les ordonnances de mise sous scellés ne sont pas nécessaires, car le risque pourrait être écarté par une autre ordonnance moins sévère. De plus, il soutient que les ordonnances ne sont pas proportionnées. En cherchant à minimiser l'importance de la publicité des débats judiciaires dans les procédures d'homologation, les fiduciaires invitent à adopter, à l'égard de la pondération des effets de l'ordonnance, une approche inflexible, incompatible avec le principe de la publicité qui s'applique à toutes les procédures judiciaires. Quoiqu'il en soit, il existe précisément un intérêt public à l'égard de la publicité des débats dans la présente affaire, étant donné que les certificats demandés peuvent avoir une incidence sur les droits de tiers et que la publicité des débats garantit l'équité des procédures, qu'elles soient contestées ou non.

## V. Analyse

[29] L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si le juge de première instance aurait dû rendre les ordonnances de mise sous scellés conformément au test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, test établi par notre Cour dans l'arrêt *Sierra Club*.

[30] La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de notre démocratie (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23-26). On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte

principle of open justice. “In reporting what has been said and done at a public trial, the media serve as the eyes and ears of a wider public which would be absolutely entitled to attend but for purely practical reasons cannot do so” (*Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, at para. 16, citing *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40, per Cory J.). Limits on openness in service of other public interests have been recognized, but sparingly and always with an eye to preserving a strong presumption that justice should proceed in public view (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 878; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, at paras. 32-39; *Sierra Club*, at para. 56). The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining this presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect these other public interests where they arise (*Mentuck*, at para. 33). The parties agree that this is the appropriate framework of analysis for resolving this appeal.

[31] The parties and the courts below disagree, however, about how this test applies to the facts of this case and this calls for clarification of certain points of the *Sierra Club* analysis. Most centrally, there is disagreement about how an important interest in the protection of privacy could be recognized such that it would justify limits on openness, and in particular when privacy can be a matter of public concern. The parties bring two settled principles of this Court’s jurisprudence to bear in support of their respective positions. First, this Court has often observed that privacy is a fundamental value necessary to the preservation of a free and democratic society (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, per La Forest J. (dissenting but not on this point); *New Brunswick*, at para. 40). Courts have invoked privacy, in some instances, as the basis for an exception to openness under the *Sierra*

des procédures judiciaires qu’elle est indissociable du principe de publicité. [TRADUCTION] « En rendant compte de ce qui a été dit et fait dans un procès public, les médias sont les yeux et les oreilles d’un public plus large qui aurait parfaitement le droit d’y assister, mais qui, pour des raisons purement pratiques, ne peut le faire » (*Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, par. 16, citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340, le juge Cory). Le pouvoir d’imposer des limites à la publicité des débats judiciaires afin de servir d’autres intérêts publics est reconnu, mais il doit être exercé avec modération et en veillant toujours à maintenir la forte présomption selon laquelle la justice doit être rendue au vu et au su du public (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 878; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 32-39; *Sierra Club*, par. 56). Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir cette présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger ces autres intérêts publics lorsqu’ils entrent en jeu (*Mentuck*, par. 33). Les parties conviennent qu’il s’agit du cadre d’analyse approprié à appliquer pour trancher le présent pourvoi.

[31] Les parties et les tribunaux d’instance inférieure ne s’entendent pas, cependant, sur la façon dont ce test s’applique aux faits de la présente affaire et cela nécessite des éclaircissements sur certains points de l’analyse établie dans l’arrêt *Sierra Club*. Plus fondamentalement, il y a désaccord sur la façon dont un intérêt important à la protection de la vie privée pourrait être reconnu de telle sorte qu’il justifierait des limites à la publicité des débats, et en particulier lorsque la vie privée peut constituer une question d’intérêt public. Les parties font valoir deux principes établis dans la jurisprudence de la Cour à l’appui de leur position respective. Tout d’abord, notre Cour a souvent fait observer que la vie privée est une valeur fondamentale nécessaire au maintien d’une société libre et démocratique (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 25; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point); *Nouveau-Brunswick*, par. 40).

*Club* test (see, e.g., *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, at paras. 11 and 17). At the same time, the jurisprudence acknowledges that some degree of privacy loss — resulting in inconvenience, even in upset or embarrassment — is inherent in any court proceeding open to the public (*New Brunswick*, at para. 40). Accordingly, upholding the presumption of openness has meant recognizing that neither individual sensibilities nor mere personal discomfort associated with participating in judicial proceedings are likely to justify the exclusion of the public from court (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 41). Determining the role of privacy in the *Sierra Club* analysis requires reconciling these two ideas, which is the nub of the disagreement between the parties. The right of privacy is not absolute; the open court principle is not without exceptions.

[32] For the reasons that follow, I disagree with the Trustees that the ostensibly unbounded privacy interest they invoke qualifies as an important public interest within the meaning of *Sierra Club*. Their broad claim fails to focus on the elements of privacy that are deserving of public protection in the open court context. That is not to say, however, that privacy can never ground an exceptional measure such as the sealing orders sought in this case. While the mere embarrassment caused by the dissemination of personal information through the open court process does not rise to the level justifying a limit on court openness, circumstances do exist where an aspect of a person's private life has a plain public interest dimension.

[33] Personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this

Dans certains cas, les tribunaux ont invoqué la vie privée pour justifier l'application d'une exception à la publicité des débats judiciaires conformément au test établi dans *Sierra Club* (voir, p. ex., *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, par. 11 et 17). En même temps, la jurisprudence reconnaît qu'un certain degré d'atteinte à la vie privée — qui entraîne des inconvénients, voire de la contrariété ou de l'embarras — est inhérent à toute instance judiciaire accessible au public (*Nouveau-Brunswick*, par. 40). Par conséquent, le maintien de la présomption de la publicité des débats judiciaires signifie reconnaître que ni la susceptibilité individuelle ni le simple désagrément personnel découlant de la participation à des procédures judiciaires ne sont susceptibles de justifier l'exclusion du public des tribunaux (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 41). Déterminer le rôle de la vie privée dans le cadre de l'analyse prévue dans l'arrêt *Sierra Club* exige de concilier ces deux idées, et c'est là le nœud du désaccord entre les parties. Le droit à vie privée n'est pas absolu et le principe de la publicité des débats judiciaires n'est pas sans exception.

[32] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec les fiduciaires pour dire que l'intérêt en matière de vie privée apparemment illimité qu'ils invoquent constitue un intérêt public important au sens de *Sierra Club*. Leur revendication large n'est pas axée sur les éléments de la vie privée qui méritent une protection publique dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Cela ne veut pas dire, cependant, que la protection de la vie privée ne peut jamais justifier une mesure exceptionnelle comme les ordonnances de mise sous scellés sollicitées en l'espèce. Bien que le simple embarras causé par la diffusion de renseignements personnels dans le cadre d'une procédure judiciaire publique ne suffise pas à justifier une limite à la publicité des débats judiciaires, il existe des circonstances où un aspect de la vie privée d'une personne revêt une dimension d'intérêt public manifeste.

[33] La diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte à la dignité d'une personne.

affront, it is an important public interest relevant under *Sierra Club*. Dignity in this sense is a related but narrower concern than privacy generally; it transcends the interests of the individual and, like other important public interests, is a matter that concerns the society at large. A court can make an exception to the open court principle, notwithstanding the strong presumption in its favour, if the interest in protecting core aspects of individuals' personal lives that bear on their dignity is at serious risk by reason of the dissemination of sufficiently sensitive information. The question is not whether the information is "personal" to the individual concerned, but whether, because of its highly sensitive character, its dissemination would occasion an affront to their dignity that society as a whole has a stake in protecting.

[34] This public interest in privacy appropriately focuses the analysis on the impact of the dissemination of sensitive personal information, rather than the mere fact of this dissemination, which is frequently risked in court proceedings and is necessary in a system that privileges court openness. It is a high bar — higher and more precise than the sweeping privacy interest relied upon here by the Trustees. This public interest will only be seriously at risk where the information in question strikes at what is sometimes said to be the core identity of the individual concerned: information so sensitive that its dissemination could be an affront to dignity that the public would not tolerate, even in service of open proceedings.

[35] I hasten to say that applicants for an order making exception to the open court principle cannot content themselves with an unsubstantiated claim that this public interest in dignity is compromised any more than they could by an unsubstantiated claim that their physical integrity is endangered. Under *Sierra Club*, the applicant must show on the facts of the case that, as an important interest, this

Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important qui est pertinent selon *Sierra Club*. La dignité en ce sens est une préoccupation connexe à la vie privée en général, mais elle est plus restreinte que celle-ci; elle transcende les intérêts individuels et, comme d'autres intérêts publics importants, c'est une question qui concerne la société en général. Un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, malgré la forte présomption en faveur de son application, si l'intérêt à protéger les aspects fondamentaux de la vie personnelle des individus qui se rapportent à leur dignité est sérieusement menacé par la diffusion de renseignements suffisamment sensibles. La question est de savoir non pas si les renseignements sont « personnels » pour la personne concernée, mais si, en raison de leur caractère très sensible, leur diffusion entraînerait une atteinte à sa dignité que la société dans son ensemble a intérêt à protéger.

[34] Cet intérêt du public à l'égard de la vie privée axe à juste titre l'analyse sur l'incidence de la diffusion de renseignements personnels sensibles, plutôt que sur le simple fait de cette diffusion, intérêt qui est fréquemment menacé dans les procédures judiciaires et qui est nécessaire dans un système qui privilégie la publicité des débats judiciaires. Il s'agit d'un seuil élevé — plus élevé et plus précis que le vaste intérêt en matière de vie privée invoqué en l'espèce par les fiduciaires. Cet intérêt public ne sera sérieusement menacé que lorsque les renseignements en question portent atteinte à ce que l'on considère parfois comme l'identité fondamentale de la personne concernée : des renseignements si sensibles que leur diffusion pourrait porter atteinte à la dignité de la personne d'une manière que le public ne tolérerait pas, pas même au nom du principe de la publicité des débats judiciaires.

[35] Je m'empresse de dire que la personne qui demande une ordonnance visant à faire exception au principe de la publicité des débats judiciaires ne peut se contenter d'affirmer sans fondement que cet intérêt du public à l'égard de la dignité est compromis, pas plus qu'elle ne le pourrait si c'était son intégrité physique qui était menacée. Selon *Sierra Club*, le demandeur doit démontrer, au vu des faits de l'affaire,

dignity dimension of their privacy is at “serious risk”. For the purposes of the test for discretionary limits on court openness, this requires the applicant to show that the information in the court file is sufficiently sensitive such that it can be said to strike at the biographical core of the individual and, in the broader circumstances, that there is a serious risk that, without an exceptional order, the affected individual will suffer an affront to their dignity.

[36] In the present case, the information in the court files was not of this highly sensitive character that it could be said to strike at the core identity of the affected persons; the Trustees have failed to show how the lifting of the sealing orders engages the dignity of the affected individuals. I am therefore not convinced that the intrusion on their privacy raises a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*. Moreover, as I shall endeavour to explain, there was no serious risk of physical harm to the affected individuals by lifting the sealing orders. Accordingly, this is not an appropriate case in which to make sealing orders, or any order limiting access to these court files. In the circumstances, the admissibility of the Toronto Star’s new evidence is moot. I propose to dismiss the appeal.

A. *The Test for Discretionary Limits on Court Openness*

[37] Court proceedings are presumptively open to the public (*MacIntyre*, at p. 189; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 11).

[38] The test for discretionary limits on presumptive court openness has been expressed as a two-step inquiry involving the necessity and proportionality of the proposed order (*Sierra Club*, at para. 53). Upon examination, however, this test rests upon three core prerequisites that a person seeking such a limit must show. Recasting the test around these three

qu’il y a un « risque sérieux » pour cette dimension de sa vie privée liée à sa dignité. Pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaire, le demandeur doit donc démontrer que les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles pour que l’on puisse dire qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques de la personne et, dans un contexte plus large, qu’il existe un risque sérieux d’atteinte à la dignité de la personne concernée si une ordonnance exceptionnelle n’est pas rendue.

[36] En l’espèce, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne revêtent pas ce caractère si sensible qu’on pourrait dire qu’ils touchent à l’identité fondamentale des personnes concernées; les fiduciaires n’ont pas démontré en quoi la levée des ordonnances de mise sous scellés met en jeu la dignité des personnes touchées. Je ne suis donc pas convaincu que l’atteinte à leur vie privée soulève un risque sérieux pour un intérêt public important, comme l’exige *Sierra Club*. De plus, comme je tenterai de l’expliquer, il n’y avait pas de risque sérieux que les personnes visées subissent un préjudice physique en raison de la levée des ordonnances de mise sous scellés. Par conséquent, la présente affaire n’est pas un cas où il convient de rendre des ordonnances de mise sous scellés ni aucune ordonnance limitant l’accès aux dossiers judiciaires en cause. Dans les circonstances, la question de l’admissibilité des nouveaux éléments de preuve du Toronto Star est théorique. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

A. *Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires*

[37] Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public (*MacIntyre*, p. 189; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 11).

[38] Le test des limites discrétionnaires à la publicité présumée des débats judiciaires a été décrit comme une analyse en deux étapes, soit l’étape de la nécessité et celle de la proportionnalité de l’ordonnance proposée (*Sierra Club*, par. 53). Après un examen, cependant, je constate que ce test repose sur trois conditions préalables fondamentales dont une

prerequisites, without altering its essence, helps to clarify the burden on an applicant seeking an exception to the open court principle. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that:

- (1) court openness poses a serious risk to an important public interest;
- (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and,
- (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

Only where all three of these prerequisites have been met can a discretionary limit on openness — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — properly be ordered. This test applies to all discretionary limits on court openness, subject only to valid legislative enactments (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at paras. 7 and 22).

[39] The discretion is structured and controlled in this way to protect the open court principle, which is understood to be constitutionalized under the right to freedom of expression at s. 2(b) of the Charter (*New Brunswick*, at para. 23). Sustained by freedom of expression, the open court principle is one of the foundations of a free press given that access to courts is fundamental to newsgathering. This Court has often highlighted the importance of open judicial proceedings to maintaining the independence and impartiality of the courts, public confidence and understanding of their work and ultimately the legitimacy of the process (see, e.g., *Vancouver Sun*,

personne cherchant à faire établir une telle limite doit démontrer le respect. La reformulation du test autour de ces trois conditions préalables, sans en modifier l'essence, aide à clarifier le fardeau auquel doit satisfaire la personne qui sollicite une exception au principe de la publicité des débats judiciaires. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir que :

- (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important;
- (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et
- (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

Ce n'est que lorsque ces trois conditions préalables sont remplies qu'une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires — par exemple une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage — pourra dûment être rendue. Ce test s'applique à toutes les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, sous réserve uniquement d'une loi valide (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7 et 22).

[39] Le pouvoir discrétionnaire est ainsi structuré et contrôlé de manière à protéger le principe de la publicité des débats judiciaires, qui est considéré comme étant constitutionnalisé sous le régime du droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte (Nouveau-Brunswick*, par. 23). Reposant sur la liberté d'expression, le principe de la publicité des débats judiciaires est l'un des fondements de la liberté de la presse étant donné que l'accès aux tribunaux est un élément essentiel de la collecte d'information. Notre Cour a souvent souligné l'importance de la publicité pour maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la confiance du

at paras. 23-26). In *New Brunswick*, La Forest J. explained the presumption in favour of court openness had become “one of the hallmarks of a democratic society” (citing *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119), that “acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law . . . thereby fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice” (para. 22). The centrality of this principle to the court system underlies the strong presumption — albeit one that is rebuttable — in favour of court openness (para. 40; *Mentuck*, at para. 39).

[40] The test ensures that discretionary orders are subject to no lower standard than a legislative enactment limiting court openness would be (*Mentuck*, at para. 27; *Sierra Club*, at para. 45). To that end, this Court developed a scheme of analysis by analogy to the *Oakes* test, which courts use to understand whether a legislative limit on a right guaranteed under the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society (*Sierra Club*, at para. 40, citing *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; see also *Dagenais*, at p. 878; *Vancouver Sun*, at para. 30).

[41] The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time. In *Dagenais*, Lamer C.J. spoke of a requisite risk to the “fairness of the trial” (p. 878). In *Mentuck*, Iacobucci J. extended this to a risk affecting the “proper administration of justice” (para. 32). Finally, in *Sierra Club*, Iacobucci J., again writing for a unanimous Court, restated the test to capture any serious risk to an “important interest, including a commercial interest, in the context of litigation” (para. 53). He simultaneously clarified that the important interest must be expressed as a public interest. For example, on the facts of that

public à l’égard de leur travail et sa compréhension de celui-ci, et, au bout du compte, la légitimité du processus (voir, p. ex., *Vancouver Sun*, par. 23-26). Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick*, le juge La Forest a expliqué que la présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires était devenue « [TRADUCTION] “l’une des caractéristiques d’une société démocratique” » (citant *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), p. 119), qui « fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit [. . .], situation qui favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice » (par. 22). Le caractère fondamental de ce principe pour le système judiciaire sous-tend la forte présomption — quoique réfutable — en faveur de la tenue de procédures judiciaires publiques (par. 40; *Mentuck*, par. 39).

[40] Le test fait en sorte que les ordonnances discrétionnaires ne soient pas assujetties à une norme moins exigeante que la norme à laquelle seraient assujetties des dispositions législatives qui limiteraient la publicité des débats judiciaires (*Mentuck*, par. 27; *Sierra Club*, par. 45). À cette fin, la Cour a élaboré un cadre d’analyse par analogie avec le test de l’arrêt *Oakes*, que les tribunaux utilisent pour déterminer si une limite imposée par un texte de loi à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique (*Sierra Club*, par. 40, citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; voir également *Dagenais*, p. 878; *Vancouver Sun*, par. 30).

[41] La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s’est élargie au fil du temps. Dans l’arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a parlé de la nécessité d’un risque « que le procès soit inéquitable » (p. 878). Dans *Mentuck*, le juge Iacobucci a étendu cette condition à un risque « pour la bonne administration de la justice » (par. 32). Enfin, dans *Sierra Club*, le juge Iacobucci, s’exprimant encore une fois au nom de la Cour à l’unanimité, a reformulé le test de manière à englober tout risque sérieux pour un « intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige » (par. 53). Il a en

case, a harm to a particular business interest would not have been sufficient, but the “general commercial interest of preserving confidential information” was an important interest because of its public character (para. 55). This is consistent with the fact that this test was developed in reference to the *Oakes* jurisprudence that focuses on the “pressing and substantial” objective of legislation of general application (*Oakes*, at pp. 138-39; see also *Mentuck*, at para. 31). The term “important interest” therefore captures a broad array of public objectives.

[42] While there is no closed list of important public interests for the purposes of this test, I share Iacobucci J.’s sense, explained in *Sierra Club*, that courts must be “cautious” and “alive to the fundamental importance of the open court rule” even at the earliest stage when they are identifying important public interests (para. 56). Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute (para. 55). By contrast, whether that interest is at “serious risk” is a fact-based finding that, for the judge considering the appropriateness of an order, is necessarily made in context. In this sense, the identification of, on the one hand, an important interest and, on the other, the seriousness of the risk to that interest are, theoretically at least, separate and qualitatively distinct operations. An order may therefore be refused simply because a valid important public interest is not at serious risk on the facts of a given case or, conversely, that the identified interests, regardless of whether they are at serious risk, do not have the requisite important public character as a matter of general principle.

[43] The test laid out in *Sierra Club* continues to be an appropriate guide for judicial discretion in cases like this one. The breadth of the category of

même temps précisé que l’intérêt important doit être exprimé en tant qu’intérêt public. Par exemple, à la lumière des faits de cette affaire, le préjudice causé à un intérêt commercial particulier n’aurait pas été suffisant, mais « l’intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels » constituait un intérêt important en raison de son caractère public (par. 55). Cette conclusion est compatible avec le fait que ce test a été élaboré à l’égard de la jurisprudence relative à l’arrêt *Oakes*, laquelle met l’accent sur l’objectif « urgen[t] et rée[l] » d’un texte de loi d’application générale (*Oakes*, p. 138-139; voir également *Mentuck*, par. 31). L’expression « intérêt important » vise donc un large éventail d’objectifs d’intérêt public.

[42] Bien qu’il n’y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants pour l’application de ce test, je partage l’opinion du juge Iacobucci, exprimée dans *Sierra Club*, selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de « prudence » et « avoir pleinement conscience de l’importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires », même à la toute première étape lorsqu’ils constatent les intérêts publics importants (par. 56). Déterminer ce qu’est un intérêt public important peut se faire dans l’abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné (par. 55). En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un « risque sérieux » menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui, pour le juge qui examine le caractère approprié d’une ordonnance, est nécessairement prise eu égard au contexte. En ce sens, le fait de constater, d’une part, un intérêt important et celui de constater, d’autre part, le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont, en théorie du moins, des opérations séparées et qualitativement distinctes. Une ordonnance peut donc être refusée du simple fait qu’un intérêt public important valide n’est pas sérieusement menacé au vu des faits de l’affaire ou, à l’inverse, parce que les intérêts constatés, qu’ils soient ou non sérieusement menacés, ne présentent pas le caractère public important requis sur le plan des principes généraux.

[43] Le test énoncé dans *Sierra Club* continue d’être un guide approprié en ce qui a trait à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans des



“important interest” transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause (see, e.g., P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4th ed. 2020), at para. 3.185; J. Bailey and J. Burkell, “Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information” (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143, at pp. 154-55). At the same time, however, the requirement that a serious risk to an important interest be demonstrated imposes a meaningful threshold necessary to maintain the presumption of openness. Were it merely a matter of weighing the benefits of the limit on court openness against its negative effects, decision-makers confronted with concrete impacts on the individuals appearing before them may struggle to put adequate weight on the less immediate negative effects on the open court principle. Such balancing could be evasive of effective appellate review. To my mind, the structure provided by *Dagenais*, *Mentuck*, and *Sierra Club* remains appropriate and should be affirmed.

[44] Finally, I recall that the open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature (*MacIntyre* at pp. 185-86; *Vancouver Sun*, at para. 31). To the extent the Trustees suggested, in their arguments about the negative effects of the sealing orders, that probate in Ontario does not engage the open court principle or that the openness of these proceedings has no public value, I disagree. The certificates the Trustees sought from the court are issued under the seal of that court, thereby bearing the imprimatur of the court’s authority. The court’s decision, even if rendered in a non-contentious setting, will have an impact on third parties, for example by establishing the testamentary paper that constitutes a valid will (see *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (Ont. S.C.), at paras. 23-24). Contrary to what the Trustees argue, the matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of

affaires comme en l’espèce. L’étendue de la catégorie d’« intérêt important » transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l’atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu’une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer (voir, p. ex., P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4<sup>e</sup> éd. 2020), par. 3.185; J. Bailey et J. Burkell, « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143, p. 154-155). Parallèlement, cependant, l’obligation de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important établit un seuil valable nécessaire au maintien de la présomption de publicité des débats. S’ils devaient tout simplement mettre en balance les avantages et les effets négatifs de l’imposition d’une limite à la publicité des débats judiciaires, les décideurs appelés à examiner les incidences concrètes pour les personnes qui comparaissent devant eux pourraient avoir du mal à accorder un poids suffisant aux effets négatifs moins immédiats sur le principe de la publicité des débats. Une telle pondération pourrait échapper à un contrôle efficace en appel. À mon avis, le cadre d’analyse fourni par les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club* demeure approprié et devrait être confirmé.

[44] Enfin, je rappelle que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature (*MacIntyre*, p. 185-186; *Vancouver Sun*, par. 31). Je suis en désaccord avec les fiduciaires dans la mesure où ils affirment, dans leurs arguments sur les effets négatifs des ordonnances de mise sous scellés, que l’homologation successorale en Ontario ne fait pas intervenir le principe de la publicité des procédures judiciaires ou que la publicité de ces procédures n’a pas de valeur pour le public. Les certificats que les fiduciaires ont demandés au tribunal sont délivrés sous le sceau de ce tribunal, portant ainsi l’imprimatur du pouvoir judiciaire. La décision du tribunal, même si elle est rendue dans un contexte non contentieux, aura une incidence sur des tiers, par exemple en déterminant l’écrit testamentaire qui constitue un testament valide (voir *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (C.S. Ont.), par. 23-24). Contrairement

estate trustee in Ontario is a court proceeding and the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — applies to probate proceedings and thus to the transfer of property under court authority and other matters affected by that court action.

[45] It is true that other non-probate estate planning mechanisms may allow for the transfer of wealth outside the ordinary avenues of testate or intestate succession — that is the case, for instance, for certain insurance and pension benefits, and for certain property held in co-ownership. But this does not change the necessarily open court character of probate proceedings. That non-probate transfers keep certain information related to the administration of an estate out of public view does not mean that the Trustees here, by seeking certificates from the court, somehow do not engage this principle. The Trustees seek the benefits that flow from the public judicial probate process: transparency ensures that the probate court’s authority is administered fairly and efficiently (*Vancouver Sun*, at para. 25; *New Brunswick*, at para. 22). The strong presumption in favour of openness plainly applies to probate proceedings and the Trustees must satisfy the test for discretionary limits on court openness.

#### B. *The Public Importance of Privacy*

[46] As mentioned, I disagree with the Trustees that an unbounded interest in privacy qualifies as an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. Yet in some of its

à ce que les fiduciaires soutiennent, les questions soulevées dans un dossier d’homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L’obtention d’un certificat de nomination à titre de fiduciaire d’une succession en Ontario est une procédure judiciaire, et la raison d’être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l’administration de la justice par la transparence — s’applique aux procédures d’homologation et donc au transfert de biens sous l’autorité d’un tribunal ainsi qu’à d’autres questions touchées par ce recours judiciaire.

[45] Il est vrai que d’autres mécanismes de planification successorale non assujettis à une procédure d’homologation peuvent permettre que le transfert du patrimoine soit effectué en dehors des voies ordinaires de la succession testamentaire ou *ab intestat* — c’est le cas, par exemple, de certaines assurances et prestations de retraite, et de certains biens détenus en copropriété. Cependant, cela ne change rien au caractère nécessairement public des procédures d’homologation. Le fait que les transferts non assujettis à une procédure d’homologation soustraient aux regards du public certains renseignements se rapportant à l’administration d’une succession ne signifie pas que les fiduciaires en l’espèce, en demandant au tribunal de leur délivrer des certificats, ne font pas d’une façon ou d’une autre intervenir ce principe. Les fiduciaires sollicitent les avantages qui découlent de la procédure judiciaire publique d’homologation : la transparence garantit que le tribunal successoral exerce son pouvoir de manière équitable et efficace (*Vancouver Sun*, par. 25; *Nouveau-Brunswick*, par. 22). La forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires s’applique manifestement aux procédures d’homologation et les fiduciaires doivent satisfaire au test des limites discrétionnaires à cette publicité.

#### B. *L’importance pour le public de la protection de la vie privée*

[46] Comme il a été mentionné précédemment, je ne suis pas d’accord avec les fiduciaires pour dire qu’un intérêt illimité en matière de vie privée constitue un intérêt public important au sens du test des

manifestations, privacy does have social importance beyond the person most immediately concerned. On that basis, it cannot be excluded as an interest that could justify, in the right circumstances, a limit to court openness. Indeed, the public importance of privacy has been recognized by this Court in various settings, and this sheds light on why the narrower aspect of privacy related to the protection of dignity is an important public interest.

[47] I respectfully disagree with the manner in which the Court of Appeal disposed of the claim by the Trustees that there is a serious risk to the interest in protecting personal privacy in this case. For the appellate judges, the privacy concerns raised by the Trustees amounted to “[p]ersonal concerns” which cannot, “without more”, satisfy the requirement from *Sierra Club* that an important interest be framed as a public interest (para. 10). The Court of Appeal in our case relied, at para. 10, on *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, in which it was held that “[p]urely personal interests cannot justify non-publication or sealing orders” (para. 25). Citing as authority judgments of this Court in *MacIntyre* and *Sierra Club*, the court continued by observing that “personal concerns of a litigant, including concerns about the very real emotional distress and embarrassment that can be occasioned to litigants when justice is done in public, will not, standing alone, satisfy the necessity branch of the test” (para. 25). Respectfully stated, the emphasis that the Court of Appeal placed on personal concerns as a means of deciding that the sealing orders failed to meet the necessity requirement in this case and in *Williams* is, I think, mistaken. Personal concerns that relate to aspects of the privacy of an individual who is before the courts can coincide with a public interest in confidentiality.

limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Pourtant, dans certaines de ses manifestations, la vie privée revêt une importance sociale allant au-delà de la personne la plus immédiatement touchée. Sur ce fondement, elle ne peut être exclue en tant qu’intérêt qui pourrait justifier, dans les circonstances appropriées, une limite à la publicité des débats judiciaires. En fait, la Cour a dans divers contextes reconnu l’importance pour le public de la vie privée, ce qui permet de mieux comprendre pourquoi l’aspect plus restreint de la vie privée lié à la protection de la dignité constitue un intérêt public important.

[47] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à la manière dont la Cour d’appel a statué sur l’allegation des fiduciaires selon laquelle il existe un risque sérieux pour l’intérêt à la protection de la vie privée personnelle dans la présente affaire. Pour les juges d’appel, les préoccupations en matière de vie privée soulevées par les fiduciaires équivalent à des [TRADUCTION] « [p]réoccupations personnelles » qui ne peuvent, « à elles seules », satisfaire à l’exigence énoncée dans *Sierra Club* voulant qu’un intérêt important soit exprimé en tant qu’intérêt public (par. 10). Au paragraphe 10 de ses motifs dans l’affaire qui nous occupe, la Cour d’appel s’est appuyée sur l’arrêt *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, où il a été conclu que [TRADUCTION] « [d]es intérêts purement personnels ne peuvent justifier des ordonnances de non-publication ou de mise sous scellés » (par. 25). Citant les arrêts *MacIntyre* et *Sierra Club* de notre Cour comme des décisions faisant autorité à cet égard, la cour a poursuivi en soulignant que « les préoccupations personnelles d’une partie, y compris les préoccupations relatives à la détresse émotionnelle et à l’embarras bien réels que peuvent subir les parties quand la justice est rendue en public, ne satisferont pas à elle seules au volet nécessité du test » (par. 25). En toute déférence, j’estime que la Cour d’appel a eu tort de mettre l’accent sur les préoccupations personnelles pour décider que les ordonnances de mise sous scellés ne satisfaisaient pas à l’exigence de la nécessité dans la présente affaire et dans *Williams*. Les préoccupations personnelles qui s’attachent à des aspects de la vie privée de la personne qui comparaît devant les tribunaux peuvent coïncider avec un intérêt public à la confidentialité.

[48] Like the Court of Appeal, I do agree with the view expressed particularly in the pre-*Charter* case of *MacIntyre*, that where court openness results in an intrusion on privacy which disturbs the “sensibilities of the individuals involved” (p. 185), that concern is generally insufficient to justify a sealing or like order and does not amount to an important public interest under *Sierra Club*. But I disagree with the Court of Appeal in this case and in *Williams* that this is because the intrusion only occasions “personal concerns”. Certain personal concerns — even “without more” — can coincide with important public interests within the meaning of *Sierra Club*. To invoke the expression of Binnie J. in *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880, at para. 10, there is a “public interest in confidentiality” that is felt, first and foremost, by the person involved and is most certainly a personal concern. Even in *Williams*, the Court of Appeal was careful to note that where, without privacy protection, an individual would face “a substantial risk of serious debilitating emotional . . . harm”, an exception to openness should be available (paras. 29-30). The means of discerning whether a privacy interest reflects a “public interest in confidentiality” is therefore not whether the interest reflects or is rooted in “personal concerns” for the privacy of the individuals involved. Some personal concerns relating to privacy overlap with public interests in confidentiality. These interests in privacy can be, in my view, important public interests within the meaning of *Sierra Club*. It is true that an individual’s privacy is pre-eminently important to that individual. But this Court has also long recognized that the protection of privacy is, in a variety of settings, in the interest of society as a whole.

[49] The proposition that privacy is important, not only to the affected individual but to our society, has deep roots in the jurisprudence of this Court outside the context of the test for discretionary limits on

[48] À l’instar de la Cour d’appel, je souscris à l’opinion exprimée en particulier dans *MacIntyre*, une affaire antérieure à la *Charte*, selon laquelle lorsque la publicité des débats judiciaires entraîne une atteinte à la vie privée qui perturbe « la susceptibilité des personnes en cause » (p. 185), cette préoccupation est généralement insuffisante pour justifier une ordonnance de mise sous scellés ou une ordonnance semblable et ne constitue pas un intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*. Cependant, je ne suis pas d’accord avec la Cour d’appel dans la présente affaire et dans *Williams* pour dire que c’est parce que l’atteinte n’occasionne que des [TRADUCTION] « préoccupations personnelles ». Certaines préoccupations personnelles — même « à elles seules » — peuvent coïncider avec des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Pour reprendre l’expression du juge Binnie dans *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880, par. 10, il y a un « droit du public à la confidentialité » qui touche, d’abord et avant tout, la personne concernée et qui est très certainement une préoccupation personnelle. Même dans *Williams*, la Cour d’appel a pris soin de souligner que lorsque, sans protection de la vie privée, une personne serait exposée à [TRADUCTION] « un risque important de préjudice émotionnel [. . .] débilisant », une exception à la publicité des débats devrait être permise (par. 29-30). Pour savoir si un intérêt en matière de vie privée reflète un « droit du public à la confidentialité », il ne s’agit donc pas de se demander si l’intérêt est le reflet ou tire sa source de « préoccupations personnelles » relatives à la vie privée des personnes concernées. Il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public en matière de confidentialité. Ces intérêts relatifs à la vie privée peuvent, à mon avis, être des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Il est vrai que la vie privée d’une personne est d’une importance primordiale pour celle-ci. Cependant, notre Cour reconnaît depuis longtemps que la protection de la vie privée est, dans divers contextes, dans l’intérêt de la société dans son ensemble.

[49] La proposition selon laquelle la vie privée est importante, non seulement pour la personne touchée, mais également pour notre société, est profondément enracinée dans la jurisprudence de la Cour en dehors

court openness. This background helps explain why privacy cannot be rejected as a mere personal concern. However, the key differences in these contexts are such that the public importance of privacy cannot be transposed to open courts without adaptation. Only specific aspects of privacy interests can qualify as important public interests under *Sierra Club*.

[50] In the context of s. 8 of the *Charter* and public sector privacy legislation, La Forest J. cited American privacy scholar Alan F. Westin for the proposition that privacy is a fundamental value of the modern state, first in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28 (concurring), and then in *Dagg*, at para. 65 (dissenting but not on this point). In the latter case, La Forest J. wrote: “The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states. An expression of an individual’s unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one’s own thoughts, actions and decisions” (para. 65 (citations omitted)). That statement was endorsed unanimously by this Court in *Lavigne*, at para. 25.

[51] Further, in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 (“*UFCW*”), decided in the context of a statute regulating the use of information by organizations, the objective of providing an individual with some control over their information was recognized as “intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values” (para. 24). The importance of privacy, its “quasi-constitutional status” and its role in protecting moral autonomy continues to find expression in our recent jurisprudence (see, e.g., *Lavigne*, at para. 24; *Bragg*, at para. 18, per Abella J., citing *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, at paras. 40-41 and 44; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 59).

du contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cela aide à expliquer pourquoi la vie privée ne saurait être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle. Cependant, les différences clés dans ces contextes sont telles que l’importance pour le public de la vie privée ne saurait être transposée sans adaptation dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Seuls certains aspects particuliers des intérêts en matière de vie privée peuvent constituer des intérêts publics importants suivant l’arrêt *Sierra Club*.

[50] Dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et des mesures législatives sur la protection de la vie privée dans le secteur public, le juge La Forest a cité un universitaire américain spécialiste de la vie privée, Alan F. Westin, à l’appui de la thèse selon laquelle la vie privée est une valeur fondamentale de l’État moderne; il l’a fait d’abord dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428 (motifs concordants), puis dans *Dagg*, par. 65 (dissident, mais non sur ce point). Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a écrit : « La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes. Étant l’expression de la personnalité ou de l’identité unique d’une personne, la notion de vie privée repose sur l’autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d’agir et de décider pour lui-même » (par. 65 (références omises)). Notre Cour a entériné à l’unanimité cette déclaration dans *Lavigne*, par. 25.

[51] De plus, dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleuses et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 (« *TTUAC* »), qui a été jugé dans le contexte d’une loi régissant l’utilisation de renseignements par des organisations, il a été reconnu que l’objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements la concernant était « intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l’importance va de soi » (par. 24). L’importance de la vie privée, son « caractère quasi constitutionnel » et son rôle dans la protection de l’autonomie morale continuent de trouver écho dans notre jurisprudence récente (voir, p. ex., *Lavigne*, par. 24; *Bragg*, par. 18, la juge Abella, citant *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*,

In *Douez*, Karakatsanis, Wagner (as he then was) and Gascon JJ. underscored this same point, adding that “the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person’s privacy interests” (para. 59).

[52] Privacy as a public interest is underlined by specific aspects of privacy protection present in legislation at the federal and provincial levels (see, e.g., *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21; *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“PIPEDA”); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 5; *Civil Code of Québec*, arts. 35 to 41).<sup>3</sup> Further, in assessing the constitutionality of a legislative exception to the open court principle, this Court has recognized that the protection of individual privacy can be a pressing and substantial objective (*Edmonton Journal*, at p. 1345, per Cory J.; see also the concurring reasons of Wilson J., at p. 1354, in which “the public interest in protecting the privacy of litigants generally in matrimonial cases against the public interest in an open court process” was explicitly noted). There is also continued support for the social and public importance of individual privacy in the academic literature (see, e.g., A. J. Cockfield, “Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, at p. 41; K. Hughes, “A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, at p. 823; P. Gewirtz, “Privacy and Speech” (2001), *Sup. Ct. Rev.* 139, at p. 139). It is therefore inappropriate, in my respectful view, to dismiss the public interest in protecting privacy as merely a personal concern. This does not mean,

<sup>3</sup> At the time of writing the House of Commons is considering a bill that would replace part one of PIPEDA: Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, par. 40-41 et 44; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 59). Dans l’arrêt *Douez*, les juges Karakatsanis, Wagner (maintenant juge en chef) et Gascon ont insisté sur le même point, ajoutant que « la croissance d’Internet — un réseau quasi atemporel au rayonnement infini — a exacerbé le préjudice susceptible d’être infligé à une personne par une atteinte à son droit à la vie privée » (par. 59).

[52] La protection de la vie privée en tant qu’intérêt public est mise en évidence par des aspects particuliers de cette protection présents dans les lois fédérales et provinciales (voir, p. ex., *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21; *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« LPRPDE »); *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5; *Code civil du Québec*, art. 35 à 41)<sup>3</sup>. En outre, en examinant la constitutionnalité d’une exception législative au principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu que la protection de la vie privée de la personne pouvait constituer un objectif urgent et réel (*Edmonton Journal*, p. 1345, le juge Cory; voir également les motifs concordants de la juge Wilson, à la p. 1354, dans lesquels a explicitement été souligné « l’intérêt public à la protection de la vie privée de l’ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l’intérêt public à la publicité du processus judiciaire »). L’importance sociale et publique de la vie privée de la personne trouve également un appui continu dans la doctrine (voir, p. ex., A. J. Cockfield, « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, p. 41; K. Hughes, « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, p. 823; P. Gewirtz,

<sup>3</sup> Au moment de la rédaction des présents motifs, la Chambre des communes étudiait un projet de loi destiné à remplacer la première partie de la LPRPDE : le projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d’autres lois*, 2<sup>e</sup> sess., 43<sup>e</sup> lég., 2020.

however, that privacy generally is an important public interest in the context of limits on court openness.

[53] The fact that the case before the application judge concerned individuals who were advancing their own privacy interests, which were undeniably important to them as individuals, does not mean that there is no public interest at stake. In *F.N. (Re)*, this was the personal interest that young offenders had in remaining anonymous in court proceedings as a means of encouraging their personal rehabilitation (para. 11). All of society had a stake, according to Binnie J., in the young person’s personal prospect for rehabilitation. This same idea from *F.N. (Re)* was cited in support of finding the interest in *Sierra Club* to be a public interest. That interest, rooted first in an agreement of personal concern to the contracting parties involved, was a private matter that evinced, alongside its personal interest to the parties, a “public interest in confidentiality” (*Sierra Club*, at para. 55). Similarly, while the Trustees have a personal interest in preserving their privacy, this does not mean that the public has no stake in this same interest because — as this Court has made clear — it is related to moral autonomy and dignity which are pressing and substantial concerns.

[54] In this appeal, the Toronto Star suggests that legitimate privacy concerns would be effectively protected by a discretionary order where there is “something more” to elevate them beyond personal concerns and sensibilities (R.F., at para. 73). The Income Security Advocacy Centre, by way of example, submits that privacy serves the public interests of preventing harm and of ensuring individuals are not dissuaded from accessing the courts. I agree that these concepts are related, but in my view care must be taken not to conflate the public importance of

« Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139, p. 139). Il est donc inapproprié, en toute déférence, de rejeter l’intérêt du public à la protection de la vie privée au motif qu’il s’agit d’une simple préoccupation personnelle. Cela ne signifie pas, cependant, que la vie privée est, de façon générale, un intérêt public important dans le contexte de l’imposition de limites à la publicité des débats judiciaires.

[53] Le fait que l’affaire dont était saisi le juge de première instance concernait des personnes défendant leurs propres intérêts en matière de vie privée, intérêts qui étaient indéniablement importants pour elles en tant qu’individus, ne signifie pas qu’il n’y a aucun intérêt public en jeu. Dans *F.N. (Re)*, il était question de l’intérêt personnel que les jeunes contrevenants avaient à garder l’anonymat dans les procédures judiciaires afin de favoriser leur réadaptation personnelle (par. 11). Selon le juge Binnie, la société dans son ensemble avait un intérêt dans les perspectives personnelles de réadaptation de l’adolescent visé. Cette même idée exposée dans *F.N. (Re)* a été citée à l’appui de la conclusion selon laquelle l’intérêt en cause dans *Sierra Club* était un intérêt public. Cet intérêt, qui prenait tout d’abord sa source dans une entente touchant personnellement les parties contractantes concernées, était une question de nature privée qui, en plus de son intérêt personnel pour les parties, faisait état d’un « intérêt public à la confidentialité » (*Sierra Club*, par. 55). De même, si les fiduciaires ont un intérêt personnel à protéger leur vie privée, cela ne signifie pas que le public n’a pas un intérêt à cet égard, car — comme l’a clairement souligné la Cour —, cet intérêt est lié à l’autonomie morale et à la dignité, lesquelles constituent des préoccupations urgentes et réelles.

[54] Dans le présent pourvoi, le Toronto Star avance que les préoccupations légitimes en matière de vie privée seraient efficacement protégées par une ordonnance discrétionnaire dans le cas où il y aurait [TRADUCTION] « quelque chose de plus » pour les élever au-delà des préoccupations et de la susceptibilité personnelles (m.i., par. 73). Le Centre d’action pour la sécurité du revenu, par exemple, soutient que la protection de la vie privée sert les intérêts du public qui consistent à prévenir les préjudices et à faire en sorte que les particuliers ne soient pas

privacy with that of other interests; aspects of privacy, such as dignity, may constitute important public interests in and of themselves. A risk to personal privacy may be tied to a risk to psychological harm, as it was in *Bragg* (para. 14; see also J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings, and Sealing Orders* (loose-leaf), s. 2.4.1). But concerns for privacy may not always coincide with a desire to avoid psychological harm, and may focus instead, for example, on protecting one's professional standing (see, e.g., *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, at paras. 76, 78 and 87-88). Similarly, there may be circumstances where the prospect of surrendering the personal information necessary to pursue a legal claim may deter an individual from bringing that claim (see *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, at paras. 34-35 (CanLII)). In the same way, the prospect of surrendering sensitive commercial information would have impaired the conduct of the party's defence in *Sierra Club* (at para. 71), or could pressure an individual into settling a dispute prematurely (K. Eltis, *Courts, Litigants and the Digital Age* (2nd ed. 2016), at p. 86). But this does not necessarily mean that a public interest in privacy is wholly subsumed by such concerns. I note, for example, that access to justice concerns do not apply where the privacy interest to be protected is that of a third party to the litigation, such as a witness, whose access to the courts is not at stake and who has no choice available to terminate the litigation and avoid any privacy impacts (see, e.g., *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, at para. 58; see also Rossiter, s. 2.4.2(2)). In any event, the recognition of these related and valid important public interests does not answer the question as to whether aspects of privacy in and of themselves are important public interests and does not diminish the distinctive public character of privacy, considered above.

dissuadés de recourir aux tribunaux. Je reconnais que ces notions sont liées, mais il faut, à mon avis, prendre soin de ne pas confondre l'importance pour le public de la vie privée avec l'importance pour le public d'autres intérêts; des aspects de la vie privée, comme la dignité, peuvent constituer des intérêts publics importants en soi. Un risque pour la vie privée personnelle peut être lié à un risque de préjudice psychologique, comme c'était le cas dans l'affaire *Bragg* (par. 14; voir également J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (feuilles mobiles), section 2.4.1). Cependant, il se peut que les préoccupations relatives à la vie privée ne coïncident pas toujours avec le désir d'éviter un préjudice psychologique et soient plutôt axées, par exemple, sur la protection de la réputation professionnelle d'une personne (voir, p. ex., *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, par. 76, 78 et 87-88). De même, il peut y avoir des circonstances où la perspective de devoir communiquer les renseignements personnels nécessaires à la poursuite d'une action en justice peut dissuader une personne d'intenter cette action (voir *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, par. 34-35 (CanLII)). De la même manière, la perspective de devoir communiquer des renseignements commerciaux sensibles aurait nui à la conduite de la défense d'une partie dans *Sierra Club* (par. 71), ou pourrait inciter une personne à régler un litige prématurément (K. Eltis, *Courts, Litigants, and the Digital Age* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 86). Cependant, cela ne signifie pas nécessairement qu'un intérêt public en matière de vie privée est entièrement subsumé dans de telles préoccupations. Je tiens à souligner, par exemple, que les préoccupations relatives à l'accès à la justice ne s'appliquent pas lorsque l'intérêt à protéger en matière de vie privée est celui d'un tiers au litige, comme un témoin, dont l'accès aux tribunaux n'est pas en cause et à qui il n'est pas loisible de mettre fin au litige et d'éviter toute incidence sur sa vie privée (voir, p. ex., *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, par. 58; voir également Rossiter, section 2.4.2(2)). En tout état de cause, la reconnaissance de ces importants intérêts publics connexes et valides ne permet pas de savoir si certains aspects de la vie privée constituent en eux-mêmes des intérêts publics importants et ne diminue en rien le caractère public distinctif de la vie privée, examiné précédemment.



[55] Indeed, the specific harms to privacy occasioned by open courts have not gone unnoticed nor been discounted as merely personal concerns. Courts have exercised their discretion to limit court openness in order to protect personal information from publicity, including to prevent the disclosure of sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), HIV status (see, e.g., *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629, at para. 9 (CanLII)), and a history of substance abuse and criminality (see, e.g., *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198, at paras. 11 and 20 (CanLII)). This need to reconcile the public interest in privacy with the open court principle has been highlighted by this Court (see, e.g., *Edmonton Journal*, at p. 1353, per Wilson J.). Writing extra-judicially, McLachlin C.J. explained that “[i]f we are serious about peoples’ private lives, we must preserve a modicum of privacy. Equally, if we are serious about our justice system, we must have open courts. The question is how to reconcile these dual imperatives in a fair and principled way” (“Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, at p. 4). In seeking that reconciliation, the question becomes whether the relevant dimension of privacy amounts to an important public interest that, when seriously at risk, would justify rebutting the strong presumption favouring open courts.

C. *The Important Public Interest in Privacy Bears on the Protection of Individual Dignity*

[56] While the public importance of privacy has clearly been recognized by this Court in various settings, caution is required in deploying this concept in the test for discretionary limits on court openness. It is a matter of settled law that open court proceedings by their nature can be a source of discomfort and embarrassment and these intrusions on privacy

[55] En fait, les atteintes particulières à la vie privée ayant été occasionnées par la publicité des débats judiciaires ne sont pas passées inaperçues et n’ont pas non plus été écartées au motif qu’il s’agissait de simples préoccupations personnelles. Les tribunaux ont exercé leur pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires afin de protéger les renseignements personnels de la publicité, y compris pour empêcher que soient divulgués l’orientation sexuelle d’une personne (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), sa séropositivité (voir, p. ex., *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629, par. 9 (CanLII)), et ses antécédents de toxicomanie et de criminalité (voir, p. ex., *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198, par. 11 et 20 (CanLII)). Notre Cour a souligné cette nécessité de concilier l’intérêt du public à l’égard de la vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires (voir, p. ex., *Edmonton Journal*, p. 1353, la juge Wilson). Dans un article de doctrine, la juge en chef McLachlin a expliqué que [TRADUCTION] « [s]i nous nous préoccupons sérieusement de la vie intime des gens, nous devons protéger un minimum de vie privée. De même, si nous nous préoccupons sérieusement de notre système judiciaire, les débats judiciaires doivent être publics. La question est de savoir comment concilier ces deux impératifs d’une manière qui soit équitable et raisonnée » (« Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, p. 4). En cherchant à concilier ces deux impératifs, il faut alors se demander si la dimension de la vie privée en cause constitue un intérêt public important qui, lorsqu’il est sérieusement menacé, justifierait de réfuter la forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires.

C. *L’intérêt public important en matière de vie privée se rapporte à la protection de la dignité de la personne*

[56] Bien que l’importance pour le public de la protection de la vie privée ait clairement été reconnue par la Cour dans divers contextes, la prudence est de mise lorsqu’il s’agit d’utiliser cette notion dans le cadre du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Il est bien établi en droit que les procédures judiciaires publiques, de par leur

are generally seen as of insufficient importance to overcome the presumption of openness. The Toronto Star has raised the concern that recognizing privacy as an important public interest will lower the burden for applicants because the privacy of litigants will, in some respects, always be at risk in court proceedings. I agree that the requirement to show a serious risk to an important interest is a key threshold component of the analysis that must be preserved in order to protect the open court principle. The recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness if privacy is cast too broadly without a view to its public character.

[57] Privacy poses challenges in the test for discretionary limits on court openness because of the necessary dissemination of information that openness implies. It bears recalling that when Dickson J., as he then was, wrote in *MacIntyre* that “covertness is the exception and openness the rule”, he was explicitly treating a privacy argument, returning to and dismissing the view, urged many times before, “that the ‘privacy’ of litigants requires that the public be excluded from court proceedings” (p. 185 (emphasis added)). Dickson J. rejected the view that personal privacy concerns require closed courtroom doors, explaining that “[a]s a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings” (*ibid.*).

[58] Though writing before *Dagenais*, and therefore not commenting on the specific steps of the analysis as we now understand them, to my mind, Dickson J. was right to recognize that the open court principle brings necessary limits to the right to privacy. While individuals may have an expectation that information about them will not be revealed in judicial proceedings, the open court principle stands presumptively in opposition to that expectation. For

nature, peuvent être une source de désagrément et d’embarras, et l’on considère généralement que ces atteintes à la vie privée ne sont pas suffisamment importantes pour réfuter la présomption de publicité des débats. Le Toronto Star a exprimé la crainte que la reconnaissance de la vie privée en tant qu’intérêt public important n’allège le fardeau de preuve incombant aux demandeurs, car la vie privée des parties à un litige sera, à certains égards, toujours menacée dans les procédures judiciaires. Je conviens que l’exigence de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important est un élément préliminaire clé de l’analyse qui doit être maintenu afin de protéger le principe de la publicité des débats judiciaires. La reconnaissance d’un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité si la vie privée est définie trop largement sans tenir compte de son caractère public.

[57] La vie privée pose des défis dans l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires en raison de la diffusion nécessaire de renseignements que supposent des procédures publiques. Il convient de rappeler que lorsqu’il a écrit, dans l’arrêt *MacIntyre*, que « le secret est l’exception et que la publicité est la règle », le juge Dickson, plus tard juge en chef, examinait explicitement un argument relatif à la vie privée en revenant sur un point de vue préconisé maintes fois auparavant devant les tribunaux selon lequel « le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos » (p. 185 (je souligne)), et en rejetant celui-ci. Le juge Dickson a rejeté l’opinion selon laquelle les préoccupations personnelles en matière de vie privée exigent des audiences à huis clos, expliquant qu’« [e]n règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu’on exclut le public des procédures judiciaires » (*ibid.*).

[58] Bien qu’il ait rendu sa décision avant le prononcé de l’arrêt *Dagenais* et qu’il ne commente donc pas les étapes précises de l’analyse telles que nous les comprenons aujourd’hui, j’estime que le juge Dickson a, à juste titre, reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires apporte des limites nécessaires au droit à la vie privée. Quoique les particuliers puissent s’attendre à ce que les renseignements qui les concernent ne soient pas révélés

example, in *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, LeBel J. held that “a party who institutes a legal proceeding waives his or her right to privacy, at least in part” (para. 42). *MacIntyre* and cases like it recognize — in stating that openness is the rule and covertness the exception — that the right to privacy, however defined, in some measure gives way to the open court ideal. I share the view that the open court principle presumes that this limit on the right to privacy is justified.

[59] The *Toronto Star* is therefore right to say that the privacy of individuals will very often be at some risk in court proceedings. Disputes between and concerning individuals that play out in open court necessarily reveal information that may have otherwise remained out of public view. Indeed, much like the Court of Appeal in this case, courts have explicitly adverted to this concern when concluding that mere inconvenience is insufficient to cross the initial threshold of the test (see, e.g., *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (Que. C.A.), at para. 30). Saying that any impact on individual privacy is sufficient to establish a serious risk to an important public interest for the purposes of the test for discretionary limits on court openness could render this initial requirement moot. Many cases would turn on the balancing at the proportionality stage. Such a development would amount to a departure from *Sierra Club*, which is the appropriate framework and one which must be preserved.

[60] Further, recognizing an important interest in privacy generally could prove to be too open-ended and difficult to apply. Privacy is a complex and contextual concept (*Dagg*, at para. 67; see also B. McIsaac, K. Klein and S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 1-4; D. J. Solove, “Conceptualizing Privacy” (2002), 90

dans le cadre de procédures judiciaires, le principe de la publicité des débats judiciaires s’oppose par présomption à cette attente. Par exemple, dans l’arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, le juge LeBel a conclu que la « partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée » (par. 42). L’arrêt *MacIntyre* et les jugements similaires reconnaissent — en affirmant que la publicité est la règle et le secret, l’exception — que le droit à la vie privée, quelle qu’en soit la définition, cède le pas, dans une certaine mesure, à l’idéal de la publicité des débats judiciaires. Je partage le point de vue selon lequel le principe de la publicité des débats suppose que cette limite au droit à la vie privée est justifiée.

[59] Le *Toronto Star* a donc raison d’affirmer que la vie privée des personnes sera très souvent en quelque sorte menacée dans les procédures judiciaires. Les litiges entre et concernant des particuliers qui se déroulent dans le cadre de débats judiciaires publics révèlent nécessairement des renseignements qui pourraient autrement être restés à l’abri des regards du public. En fait, tout comme la Cour d’appel en l’espèce, les tribunaux ont explicitement fait mention de cette préoccupation lorsqu’ils ont conclu que de simples inconvénients ne suffisaient pas à franchir le seuil initial du test (voir, p. ex., *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (C.A. Qc), par. 30). Affirmer que toute incidence sur la vie privée d’une personne suffit à établir un risque sérieux pour un intérêt public important pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires pourrait rendre cette exigence préliminaire théorique. Le sort de nombreuses causes dépendrait de la pondération à l’étape de la proportionnalité. Une telle évolution reviendrait à déroger à l’arrêt *Sierra Club*, qui constitue le cadre approprié à appliquer, lequel doit être maintenu.

[60] De plus, la reconnaissance d’un intérêt important à l’égard de la notion générale de vie privée pourrait s’avérer trop indéterminée et difficile à appliquer. La vie privée est une notion complexe et contextuelle (*Dagg*, par. 67; voir également B. McIsaac, K. Klein et S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-4; D. J.

*Cal. L. Rev.* 1087, at p. 1090). Indeed, this Court has described the nature of limits of privacy as being in a state of “theoretical disarray” (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35). Much turns on the context in which privacy is invoked. I agree with the *Toronto Star* that a bald recognition of privacy as an important interest in the context of the test for discretionary limits on court openness, as the Trustees advance here, would invite considerable confusion. It would be difficult for courts to measure a serious risk to such an interest because of its multi-faceted nature.

[61] While I acknowledge these concerns have merit, I disagree that they require that privacy never be considered in determining whether there is a serious risk to an important public interest. I reach this conclusion for two reasons. First, the problem of privacy’s complexity can be attenuated by focusing on the purpose underlying the public protection of privacy as it is relevant to the judicial process, in order to fix precisely on that aspect which transcends the interests of the parties in this context. That narrower dimension of privacy is the protection of dignity, an important public interest that can be threatened by open courts. Indeed, rather than attempting to apply a single unwieldy concept of privacy in all contexts, this Court has generally fixed on more specific privacy interests tailored to the particular situation (*Spencer*, at para. 35; *Edmonton Journal*, at p. 1362, per Wilson J.). That is what must be done here, with a view to identifying the public aspect of privacy that openness might inappropriately undermine.

[62] Second, I recall that in order to pass the first stage of the analysis one must not simply invoke an important interest, but must also overcome the presumption of openness by showing a serious risk to this interest. The burden of showing a risk to such

Solove, « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087, p. 1090). En fait, notre Cour a décrit la nature des limites à la vie privée comme étant dans un état de « confusion [. . .] sur le plan théorique » (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35). Cela dépend en grande partie du contexte dans lequel la vie privée est invoquée. Je suis d’accord avec le *Toronto Star* pour dire que la reconnaissance de la vie privée, sans nuances, comme un intérêt important dans le contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, ainsi que le revendiquent les fiduciaires en l’espèce, susciterait énormément de confusion. Il serait difficile pour les tribunaux de mesurer un risque sérieux pour un tel intérêt, en raison de ses multiples facettes.

[61] Bien que je reconnaisse la validité de ces préoccupations, je ne suis pas d’accord pour dire qu’elles exigent que la vie privée ne soit jamais prise en considération lorsqu’il s’agit de décider s’il existe un risque sérieux pour un intérêt public important. J’arrive à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, il est possible d’atténuer le problème de la complexité de la vie privée en se concentrant sur l’objectif qui sous-tend la protection publique de la vie privée, lequel est pertinent dans le cadre du processus judiciaire, de manière à s’en tenir précisément à l’aspect qui transcende les intérêts des parties dans ce contexte. Cette dimension plus restreinte de la vie privée est la protection de la dignité, un intérêt public important qui peut être menacé par la publicité des débats judiciaires. D’ailleurs, plutôt que d’essayer d’appliquer une notion unique et complexe de la vie privée à tous les contextes, notre Cour s’est généralement arrêtée sur des intérêts plus précis en matière de vie privée adaptés à la situation particulière en cause (*Spencer*, par. 35; *Edmonton Journal*, p. 1362, la juge Wilson). C’est ce qu’il faut faire en l’espèce, en vue de cerner l’aspect public de la vie privée que la publicité des débats risque de miner indûment.

[62] Deuxièmement, je rappelle que, pour franchir la première étape de l’analyse, il ne suffit pas d’invoquer un intérêt important, mais il faut aussi réfuter la présomption de publicité des débats en démontrant l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt. Le

an interest on the facts of a given case constitutes the true initial threshold on the person seeking to restrict openness. It is never sufficient to plead a recognized important public interest on its own. The demonstration of a serious risk to this interest is still required. What is important is that the interest be accurately defined to capture only those aspects of privacy that engage legitimate public objectives such that showing a serious risk to that interest remains a high bar. In this way, courts can effectively maintain the guarantee of presumptive openness.

[63] Specifically, in order to preserve the integrity of the open court principle, an important public interest concerned with the protection of dignity should be understood to be seriously at risk only in limited cases. Nothing here displaces the principle that covertness in court proceedings must be exceptional. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness (*MacIntyre*, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 40; *Williams*, at para. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, at para. 97). These principles do not preclude recognizing the public character of a privacy interest as important when it is related to the protection of dignity. They merely require that a serious risk be shown to exist in respect of this interest in order to justify, exceptionally, a limit on openness, as is the case with any important public interest under *Sierra Club*. As Professors Sylvette Guillemard and Séverine Menétrey explain, [TRANSLATION] “[t]he confidentiality of the proceedings may be justified, in particular, in order to protect the parties’ privacy . . . . However, the jurisprudence indicates that embarrassment or shame is not a sufficient reason to order that proceedings be held *in camera* or to impose a publication ban” (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2nd ed. 2017), at p. 57).

fardeau d’établir l’existence d’un risque pour un tel intérêt au vu des faits d’une affaire donnée constitue le véritable seuil initial à franchir pour la personne cherchant à restreindre la publicité. Il n’est jamais suffisant d’alléguer la seule existence d’un intérêt public important reconnu. Démontrer l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure toujours nécessaire. Ce qui importe, c’est que l’intérêt soit précisément défini de manière à ce qu’il n’englobe que les aspects de la vie privée qui font entrer en jeu des objectifs publics légitimes, de sorte que le seuil à franchir pour établir l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure élevé. De cette manière, les tribunaux peuvent efficacement maintenir la garantie de la présomption de publicité des débats.

[63] Plus particulièrement, pour maintenir l’intégrité du principe de la publicité des débats judiciaires, un intérêt public important à l’égard de la protection de la dignité devrait être considéré sérieusement menacé seulement dans des cas limités. Rien en l’espèce n’écarter le principe selon lequel le secret en matière de procédures judiciaires doit être exceptionnel. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires (*MacIntyre*, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 40; *Williams*, par. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, par. 97). Ces principes n’empêchent pas de reconnaître l’importance du caractère public d’un intérêt en matière de vie privée quand celui-ci est lié à la protection de la dignité. Ils obligent simplement à faire la preuve de l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt de manière à justifier, à titre exceptionnel, une restriction à la publicité des débats, comme c’est le cas pour tout intérêt public important au regard de l’arrêt *Sierra Club*. Comme l’expliquent les professeurs Sylvette Guillemard et Séverine Menétrey, « [l]a confidentialité des débats peut se justifier notamment pour protéger la vie privée des parties [. . .] La jurisprudence affirme cependant que l’embarras ou la honte ne sont pas des motifs suffisants pour ordonner le huis clos ou la non-publication » (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2<sup>e</sup> éd. 2017), p. 57).

[64] How should the privacy interest at issue be understood as raising an important public interest relevant to the test for discretionary limits on court openness in this context? It is helpful to recall that the orders below were sought to limit access to documents and information in the court files. The Trustees' argument on this point focused squarely on the risk of immediate and widespread dissemination of the personally identifying and other sensitive information contained in the sealed materials by the *Toronto Star*. The Trustees submit that this dissemination would constitute an unwarranted intrusion into the privacy of the affected individuals beyond the upset they have already suffered as a result of the publicity associated with the death of the Shermans.

[65] In my view, there is value in leaving individuals free to restrict when, how and to what extent highly sensitive information about them is communicated to others in the public sphere, because choosing how we present ourselves in public preserves our moral autonomy and dignity as individuals. This Court has had occasion to underscore the connection between the privacy interest engaged by open courts and the protection of dignity specifically. For example, in *Edmonton Journal*, Wilson J. noted that the impugned provision which would limit publication about matrimonial proceedings addressed "a somewhat different aspect of privacy, one more closely related to the protection of one's dignity . . . namely the personal anguish and loss of dignity that may result from having embarrassing details of one's private life printed in the newspapers" (pp. 1363-64). In *Bragg*, as a further example, the protection of a young person's ability to control sensitive information was said to foster respect for "dignity, personal integrity and autonomy" (para. 18, citing *Toronto Star Newspaper Ltd.*, at para. 44).

[64] Comment devrait-on considérer que l'intérêt en matière de vie privée en cause soulève un intérêt public important qui est pertinent pour les besoins du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires dans le présent contexte? Il est utile de rappeler que les ordonnances rendues en première instance avaient été demandées pour limiter l'accès aux documents et aux renseignements figurant dans les dossiers judiciaires. L'argument des fiduciaires sur ce point était directement axé sur le risque de diffusion immédiate et à grande échelle, par le *Toronto Star*, de renseignements permettant d'identifier des personnes ainsi que d'autres renseignements sensibles contenus dans les documents placés sous scellés. Les fiduciaires soutiennent que cette diffusion constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée des personnes touchées, qui s'ajouterait à la contrariété qu'elles ont déjà subie en raison de la publicité ayant entouré le décès des Sherman.

[65] À mon avis, il est bon de laisser les personnes libres de fixer des limites quant à savoir à quel moment les renseignements très sensibles les concernant seront communiqués à d'autres personnes dans la sphère publique, et de quelle manière et dans quelle mesure ils le seront. En effet, en choisissant la manière dont on se présente en public, on protège son autonomie morale et sa dignité en tant que personne. La Cour a eu l'occasion de faire ressortir le lien entre l'intérêt en matière de vie privée mis en jeu par la tenue de procédures judiciaires publiques et la protection de la dignité plus particulièrement. Par exemple, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, la juge Wilson a souligné que la disposition contestée, qui devait avoir pour effet de limiter la publication de détails sur des procédures matrimoniales, portait sur « un aspect un peu différent de la vie privée, un aspect qui se rapproche davantage de la protection de la dignité personnelle [. . .], c'est-à-dire l'angoisse et la perte de dignité personnelle qui peuvent résulter de la publication dans les journaux de détails gênants de la vie privée d'une personne » (p. 1363-1364). Citons comme autre exemple l'affaire *Bragg*, dans laquelle la protection de la capacité des jeunes à contrôler des renseignements sensibles avait été considérée comme favorisant le respect [TRADUCTION] « de leur dignité, de leur intégrité personnelle et de leur autonomie » (par. 18, citant *Toronto Star Newspaper Ltd.*, par. 44).

[66] Consistent with this jurisprudence, I note by way of example that the Quebec legislature expressly highlighted the preservation of dignity when the *Sierra Club* test was codified in the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“C.C.P.”), art. 12 (see also Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Under art. 12 C.C.P., a discretionary exception to the open court principle can be made by the court if “public order, in particular the preservation of the dignity of the persons involved or the protection of substantial and legitimate interests”, requires it.

[67] The concept of public order evidences flexibility analogous to the concept of an important public interest under *Sierra Club* yet it recalls that the interest invoked transcends, in importance and consequence, the purely subjective sensibilities of the persons affected. Like the “important public interest” that must be at serious risk to justify the sealing orders in the present appeal, public order encompasses a wide array of general principles and imperative norms identified by a legislature and the courts as fundamental to a given society (see *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at paras. 42-44, citing *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2570, aff’d [1997] 3 S.C.R. 844). As one Quebec judge wrote, referring to *Sierra Club* prior to the enactment of art. 12 C.C.P., the interest must be understood as defined [TRANSLATION] “in terms of a public interest in confidentiality” (see 3834310 *Canada inc.*, at para. 24, per Gendreau J.A. for the Court of appeal). From among the various considerations that make up the concept of public order and other legitimate interests to which art. 12 C.C.P. alludes, it is significant that dignity, and not an untailored reference to either privacy, harm or access to justice, was given pride of place. Indeed, it is that narrow aspect of privacy considered to be a fundamental right that courts had fixed upon before the enactment of art. 12 C.C.P. — [TRANSLATION] “what is part of one’s personal life, in short, what constitutes a minimum personal sphere” (*Godbout*, at p. 2569, per Baudouin J.A.; see also *A. v. B.*, 1990

[66] Conformément à cette jurisprudence, je relève, par exemple, que le législateur québécois a expressément fait ressortir la protection de la dignité lorsque le test énoncé dans l’arrêt *Sierra Club* a été codifié dans le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »), art. 12 (voir Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Selon l’art. 12 C.p.c., un tribunal peut faire exception de façon discrétionnaire au principe de la publicité si « l’ordre public, notamment la protection de la dignité des personnes concernées par une demande, ou la protection d’intérêts légitimes importants » l’exige.

[67] La notion d’ordre public témoigne d’une souplesse analogue à la notion d’intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*; elle rappelle pourtant que l’intérêt invoqué transcende, en ce qui a trait à son importance et à ses conséquences, la susceptibilité purement subjective des personnes touchées. Tout comme l’« intérêt public important » qui doit être sérieusement menacé pour justifier des ordonnances de mise sous scellés dans le présent pourvoi, l’ordre public englobe un large éventail de principes généraux et de normes impératives qu’un législateur et les tribunaux considèrent comme fondamentaux pour une société donnée (voir *Goulet c. Cie d’Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 42-44, citant *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2570, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844). Comme l’a écrit un juge québécois en renvoyant à l’arrêt *Sierra Club* avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c., l’intérêt doit être considéré comme étant défini « en termes d’intérêt public à la confidentialité » (voir 3834310 *Canada inc.*, par. 24, le juge Gendreau s’exprimant au nom de la Cour d’appel). Parmi les diverses considérations qui composent la notion d’ordre public et d’autres intérêts légitimes évoqués par l’art. 12 C.p.c., il est significatif que la dignité, et non une référence générale à la vie privée, au préjudice ou à l’accès à la justice, se soit vu accorder une place de choix. En effet, c’est cet aspect restreint de la vie privée considéré comme un droit fondamental que les tribunaux ont retenu avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c. — « ce qui fait partie de la vie intime de la personne, bref ce qui constitue un

CanLII 3132 (Que. C.A.), at para. 20, per Rothman J.A.).

[68] The “preservation of the dignity of the persons involved” is now consecrated as the archetypal public order interest in art. 12 *C.C.P.* It is the exemplar of the *Sierra Club* important public interest in confidentiality that stands as justification for an exception to openness (S. Rochette and J.-F. Côté, “Article 12”, in L. Chamberland, ed., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5th ed. 2020), vol. 1, at p. 102; D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6th ed. 2020), vol. 1, at para. 1-111). Dignity gives concrete expression to this public order interest because all of society has a stake in its preservation, notwithstanding its personal connections to the individuals concerned. This codification of *Sierra Club*’s notion of important public interest highlights the superordinate importance of human dignity and the appropriateness of limiting court openness on this basis as against an overbroad understanding of privacy that might be otherwise unsuitable to the open court context.

[69] Consistent with this idea, understanding privacy as predicated on dignity has been advanced as useful in connection with challenges brought by digital communications (K. Eltis, “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289, at p. 314).

[70] It is also significant, in my view, that the application judge in this case explicitly recognized, in response to the relevant arguments from the Trustees, an interest in “protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones” (para. 23 (emphasis added)). This elucidates that the central concern for the affected individuals on this point is not merely protecting their privacy for its own sake but privacy where it coincides with the public character of the dignity interests of these individuals.

cercle personnel irréductible » (*Godbout*, p. 2569, le juge Baudouin; voir également *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132 (C.A. Qc), par. 20, le juge Rothman).

[68] La « protection de la dignité des personnes concernées » est désormais consacrée comme l’archétype de l’intérêt d’ordre public à l’art. 12 *C.p.c.* C’est le modèle de l’intérêt public important à la confidentialité de *Sierra Club* qui sert à justifier une exception à la publicité des débats (S. Rochette et J.-F. Côté, « Article 12 », dans L. Chamberland, dir., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, p. 102; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, par. 1-111). La dignité donne une expression concrète à cet intérêt d’ordre public parce que toute la société a intérêt à ce qu’elle soit protégée, malgré ses liens personnels avec les personnes touchées. Cette codification de la notion d’intérêt public important de *Sierra Club* souligne l’importance primordiale de la dignité humaine et la pertinence de limiter la publicité des débats judiciaires sur ce fondement au lieu de donner une interprétation trop large à la vie privée qui pourrait par ailleurs ne pas convenir au contexte de la publicité des débats.

[69] Dans le même ordre d’idée, on a fait valoir qu’il est utile de considérer que la vie privée se fonde sur la dignité dans le contexte des défis que posent les communications numériques (K. Eltis, « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289, p. 314).

[70] Il est également significatif, à mon avis, que le juge de première instance en l’espèce ait explicitement reconnu, en réponse aux arguments pertinents des fiduciaires, un intérêt à [TRADUCTION] « la protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers » (par. 23 (je souligne)). Cela montre clairement que la préoccupation centrale des personnes touchées à cet égard n’est pas simplement de protéger leur vie privée en tant que telle, mais bien de protéger leur vie privée là où elle coïncide avec le caractère public de leurs intérêts en matière de dignité.



[71] Violations of privacy that cause a loss of control over fundamental personal information about oneself are damaging to dignity because they erode one's ability to present aspects of oneself to others in a selective manner (D. Matheson, "Dignity and Selective Self-Presentation", in I. Kerr, V. Steeves and C. Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, at pp. 327-28; L. M. Austin, "Re-reading Westin" (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, at pp. 66-68; Eltis (2016), at p. 13). Dignity, used in this context, is a social concept that involves presenting core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner (see generally Matheson, at pp. 327-28; Austin, at pp. 66-68). Dignity is eroded where individuals lose control over this core identity-giving information about themselves, because a highly sensitive aspect of who they are that they did not consciously decide to share is now available to others and may shape how they are seen in public. This was even alluded to by La Forest J., dissenting but not on this point, in *Dagg*, where he referred to privacy as "[a]n expression of an individual's unique personality or personhood" (para. 65).

[72] Where dignity is impaired, the impact on the individual is not theoretical but could engender real human consequences, including psychological distress (see generally *Bragg*, at para. 23). La Forest J., concurring, observed in *Dyment* that privacy is essential to the well-being of individuals (p. 427). Viewed in this way, a privacy interest, where it shields the core information associated with dignity necessary to individual well-being, begins to look much like the physical safety interest also raised in this case, the important and public nature of which is neither debated, nor, in my view, seriously debatable. The administration of justice suffers when the operation of courts threatens physical well-being because a responsible court system is attuned to the physical harm it inflicts on individuals and works to avoid such effects. Similarly, in my view, a responsible

[71] Les atteintes à la vie privée qui entraînent une perte de contrôle à l'égard de renseignements personnels fondamentaux peuvent porter préjudice à la dignité d'une personne, car elles minent sa capacité à présenter de manière sélective certains aspects de sa personne aux autres (D. Matheson, « Dignity and Selective Self-Presentation », dans I. Kerr, V. Steeves et C. Lucock, dir., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, p. 327-328; L. M. Austin, « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, p. 66-68; Eltis (2016), p. 13). La dignité, employée dans ce contexte, est un concept social qui consiste à présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée (voir de manière générale Matheson, p. 327-328; Austin, p. 66-68). La dignité est minée lorsque les personnes perdent le contrôle sur la possibilité de fournir des renseignements sur elles-mêmes qui touchent leur identité fondamentale, car un aspect très sensible de qui elles sont qu'elles n'ont pas décidé consciemment de communiquer est désormais accessible à autrui et risque de façonner la manière dont elles sont perçues en public. Cela a même été évoqué par le juge La Forest, dissident mais non sur ce point, dans l'arrêt *Dagg*, lorsqu'il a parlé de la notion de vie privée comme « [é]tant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne » (par. 65).

[72] En cas d'atteinte à la dignité, l'incidence sur la personne n'est pas théorique, mais pourrait entraîner des conséquences humaines réelles, y compris une détresse psychologique (voir de manière générale *Bragg*, par. 23). Dans l'arrêt *Dyment*, le juge La Forest a fait remarquer dans ses motifs concordants que la notion de vie privée est essentielle au bien-être d'une personne (p. 427). Vu sous cet angle, un intérêt en matière de vie privée, lorsqu'il protège les renseignements fondamentaux associés à la dignité qui est nécessaire au bien-être d'une personne, commence à ressembler beaucoup à l'intérêt relatif à la sécurité physique également soulevé en l'espèce, dont la nature importante et publique n'est pas débattue, et n'est pas non plus, selon moi, sérieusement discutable. Lorsque le fonctionnement des tribunaux menace le bien-être physique d'une

court must be attuned and responsive to the harm it causes to other core elements of individual well-being, including individual dignity. This parallel helps to understand dignity as a more limited dimension of privacy relevant as an important public interest in the open court context.

[73] I am accordingly of the view that protecting individuals from the threat to their dignity that arises when information revealing core aspects of their private lives is disseminated through open court proceedings is an important public interest for the purposes of the test.

[74] Focusing on the underlying value of privacy in protecting individual dignity from the exposure of private information in open court overcomes the criticisms that privacy will always be at risk in open court proceedings and is theoretically complex. Openness brings intrusions on personal privacy in virtually all cases, but dignity as a public interest in protecting an individual's core sensibility is more rarely in play. Specifically, and consistent with the cautious approach to the recognition of important public interests, this privacy interest, while determined in reference to the broader factual setting, will be at serious risk only where the sensitivity of the information strikes at the subject's more intimate self.

[75] If the interest is ultimately about safeguarding a person's dignity, that interest will be undermined when the information reveals something sensitive about them as an individual, as opposed to generic information that reveals little if anything about who they are as a person. Therefore the information that will be revealed by court openness must consist of

personne, l'administration de la justice en souffre, car un système judiciaire responsable est sensible aux dommages physiques qu'il inflige aux individus et s'efforce d'éviter de tels effets. De même, j'estime qu'un tribunal responsable doit être sensible et attentif aux dommages qu'il cause à d'autres éléments fondamentaux du bien-être individuel, notamment la dignité individuelle. Ce parallèle aide à comprendre que la dignité est une dimension plus limitée de la vie privée, pertinente en tant qu'intérêt public important dans le contexte de la publicité des débats judiciaires.

[73] Je suis donc d'avis que protéger les gens contre la menace à leur dignité qu'entraîne la diffusion de renseignements révélant des aspects fondamentaux de leur vie privée dans le cadre de procédures judiciaires publiques constitue un intérêt public important pour l'application du test.

[74] Insister sur la valeur sous-jacente de la vie privée lorsqu'il s'agit de protéger la dignité d'une personne de la diffusion de renseignements privés dans le cadre de débats judiciaires publics permet de surmonter les critiques selon lesquelles la vie privée sera toujours menacée dans un tel cadre et constitue une notion théoriquement complexe. La publicité des débats donne lieu à des atteintes à la vie privée personnelle dans presque tous les cas, mais la dignité en tant qu'intérêt public dans la protection de la sensibilité fondamentale d'une personne entre plus rarement en jeu. Plus précisément, et conformément à l'approche prudente servant à reconnaître des intérêts publics importants, cet intérêt en matière de vie privée, bien qu'il soit déterminé par rapport au contexte factuel plus large, ne sera sérieusement menacé que lorsque le caractère sensible des renseignements touche à l'aspect le plus intime de la personne.

[75] S'il porte essentiellement sur la protection de la dignité d'une personne, cet intérêt sera miné dans le cas de renseignements qui révèlent quelque chose de sensible sur elle en tant qu'individu, par opposition à des renseignements d'ordre général révélant peu ou rien sur ce qu'elle est en tant que personne. Par conséquent, les renseignements qui

intimate or personal details about an individual — what this Court has described in its jurisprudence on s. 8 of the *Charter* as the “biographical core” — if a serious risk to an important public interest is to be recognized in this context (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 60; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 46). Dignity transcends personal inconvenience by reason of the highly sensitive nature of the information that might be revealed. This Court in *Cole* drew a similar line between the sensitivity of personal information and the public interest in protecting that information in reference to the biographical core. It held that “reasonable and informed Canadians” would be more willing to recognize the existence of a privacy interest where the relevant information cuts to the “biographical core” or, “[p]ut another way, the more personal and confidential the information” (para. 46). The presumption of openness means that mere discomfort associated with lesser intrusions of privacy will generally be tolerated. But there is a public interest in ensuring that openness does not unduly entail the dissemination of this core information that threatens dignity — even if it is “personal” to the affected person.

[76] The test for discretionary limits on court openness imposes on the applicant the burden to show that the important public interest is at serious risk. Recognizing that privacy, understood in reference to dignity, is only at serious risk where the information in the court file is sufficiently sensitive erects a threshold consistent with the presumption of openness. This threshold is fact specific. It addresses the concern, noted above, that personal information can frequently be found in court files and yet finding this sufficient to pass the serious risk threshold in every case would undermine the structure of the test. By requiring the applicant to demonstrate the sensitivity

seront révélés en raison de la publicité des débats judiciaires doivent être constitués de détails intimes ou personnels concernant une personne — ce que notre Cour a décrit, dans sa jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte*, comme le cœur même des « renseignements biographiques » — pour qu’un risque sérieux pour un intérêt public important soit reconnu dans ce contexte (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 60; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 46). La dignité transcende les inconvénients personnels en raison de la nature très sensible des renseignements qui pourraient être révélés. Notre Cour a tracé dans l’arrêt *Cole* une ligne de démarcation similaire entre le caractère sensible des renseignements personnels et l’intérêt du public à protéger ces renseignements en ce qui a trait au cœur même des renseignements biographiques. Elle a conclu que « les Canadiens raisonnables et bien informés » seraient plus disposés à reconnaître l’existence d’un intérêt en matière de vie privée lorsque les renseignements pertinents concernent le cœur même des « renseignements biographiques » ou, « [a]utrement dit, plus les renseignements sont personnels et confidentiels » (par. 46). La présomption de publicité des débats signifie que le simple désagrément associé à des atteintes moindres à la vie privée sera généralement toléré. Cependant, il est dans l’intérêt public de veiller à ce que cette publicité n’entraîne pas indûment la diffusion de ces renseignements fondamentaux qui menacent la dignité — même s’ils sont « personnels » pour la personne touchée.

[76] Selon le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, il incombe au demandeur de démontrer que l’intérêt public important est sérieusement menacé. Reconnaître que la vie privée, considérée au regard de la dignité, n’est sérieusement menacée que lorsque les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles permet d’établir un seuil compatible avec la présomption de publicité des débats. Ce seuil est tributaire des faits. Il répond à la préoccupation, mentionnée précédemment, portant que les dossiers judiciaires comportent fréquemment des renseignements personnels, mais conclure que cela suffit à franchir le

of the information as a necessary condition to the finding of a serious risk to this interest, the scope of the interest is limited to only those cases where the rationale for not revealing core aspects of a person's private life, namely protecting individual dignity, is most actively engaged.

[77] There is no need here to provide an exhaustive catalogue of the range of sensitive personal information that, if exposed, could give rise to a serious risk. It is enough to say that courts have demonstrated a willingness to recognize the sensitivity of information related to stigmatized medical conditions (see, e.g., *A.B.*, at para. 9), stigmatized work (see, e.g., *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, at para. 28 (CanLII)), sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), and subjection to sexual assault or harassment (see, e.g., *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994, at para. 9 (CanLII)). I would also note the submission of the intervener the Income Security Advocacy Centre, that detailed information about family structure and work history could in some circumstances constitute sensitive information. The question in every case is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

[78] I pause here to note that I refer to cases on s. 8 of the *Charter* above for the limited purpose of providing insight into types of information that are more or less personal and therefore deserving of public protection. If the impact on dignity as a result of disclosure is to be accurately measured, it is critical that the analysis differentiate between information in this way. Helpfully, one factor in determining whether an applicant's subjective expectation of privacy is objectively reasonable in the s. 8 jurisprudence focuses

seuil du risque sérieux dans tous les cas mettrait en péril la structure du test. Exiger du demandeur qu'il démontre le caractère sensible des renseignements comme condition nécessaire à la conclusion d'un risque sérieux pour cet intérêt a pour effet de limiter le champ d'application de l'intérêt aux seuls cas où la justification de la non-divulgence des aspects fondamentaux de la vie privée d'une personne, à savoir la protection de la dignité individuelle, est fortement en jeu.

[77] Il n'est aucunement nécessaire en l'espèce de fournir une liste exhaustive de l'étendue des renseignements personnels sensibles qui, s'ils étaient diffusés, pourraient entraîner un risque sérieux. Qu'il suffise de dire que les tribunaux ont démontré la volonté de reconnaître le caractère sensible des renseignements liés à des problèmes de santé stigmatisés (voir, p. ex., *A.B.*, par. 9), à un travail stigmatisé (voir, p. ex., *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, par. 28 (CanLII)), à l'orientation sexuelle (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), et au fait d'avoir été victime d'agression sexuelle ou de harcèlement (voir, p. ex., *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994, par. 9 (CanLII)). Je prends acte également de l'observation du Centre d'action pour la sécurité du revenu, intervenant, selon laquelle des renseignements détaillés quant à la structure familiale et aux antécédents professionnels pourraient, dans certaines circonstances, constituer des renseignements sensibles. Dans chaque cas, il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

[78] Je marque ici un temps d'arrêt pour souligner que je renvoie ci-dessus aux décisions relatives à l'art. 8 de la *Charte* à seule fin de donner une idée des types de renseignements qui sont plus ou moins personnels et qui méritent donc une protection publique. Pour mesurer avec précision l'incidence de la divulgation sur la dignité, il est essentiel que l'analyse différencie ainsi les renseignements. Ce qui est utile, c'est que l'un des facteurs permettant de déterminer si l'attente subjective d'un demandeur en

on the degree to which information is private (see, e.g., *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at para. 31; *Cole*, at paras. 44-46). But while these decisions may assist for this limited purpose, this is not to say that the remainder of the s. 8 analysis has any relevance to the application of the test for discretionary limits on court openness. For example, asking what the Trustees' reasonable expectation of privacy was here could invite a circular analysis of whether they reasonably expected their court files to be open to the public or whether they reasonably expected to be successful in having them sealed. Therefore, it is only for the limited purpose described above that the s. 8 jurisprudence is useful.

[79] In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. While this is obviously a fact-specific determination, some general observations may be made here to guide this assessment.

[80] I note that the seriousness of the risk may be affected by the extent to which information would be disseminated without an exception to the open court principle. If the applicant raises a risk that the personal information will come to be known by a large segment of the public in the absence of an order, this is a plainly more serious risk than if the result will be that a handful of people become aware of the same information, all else being equal. In the past, the requirement that one be physically present to acquire information in open court or from a court record meant that information was, to some extent, protected because it was "practically obscure" (D. S. Ardia, "Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity" (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, at p. 1396). However, today,

matière de vie privée est objectivement raisonnable dans la jurisprudence relative à l'art. 8 met l'accent sur la mesure dans laquelle les renseignements sont privés (voir, p. ex., *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 31; *Cole*, par. 44-46). Cependant, bien que la consultation de ces décisions puisse être avantageuse à cette fin précise, cela ne veut pas dire que le reste de l'analyse relative à l'art. 8 est pertinent pour l'application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats. Par exemple, demander aux fiduciaires quelle était leur attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce pourrait entraîner une analyse circulaire visant à déterminer s'ils s'attendaient raisonnablement à ce que leurs dossiers judiciaires soient accessibles au public ou s'ils s'attendaient raisonnablement à réussir à obtenir leur mise sous scellés. En conséquence, la jurisprudence relative à l'art. 8 n'est utile qu'à la fin décrite ci-dessus.

[79] Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. Bien qu'il s'agisse manifestement d'une question de fait, il est possible de faire certaines observations générales en l'espèce pour guider cette appréciation.

[80] Je souligne que la mesure dans laquelle les renseignements seraient diffusés en l'absence d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Si le demandeur invoque le risque que les renseignements personnels en viennent à être connus par un large segment de la population en l'absence d'une ordonnance, il s'agit manifestement d'un risque plus sérieux que si le résultat était qu'une poignée de personnes prendrait connaissance des mêmes renseignements, toutes autres choses étant égales par ailleurs. Par le passé, l'obligation d'être physiquement présent pour obtenir des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics ou à partir d'un dossier judiciaire signifiait que les renseignements étaient, dans une certaine

courts should be sensitive to the information technology context, which has increased the ease with which information can be communicated and cross-referenced (see Bailey and Burkell, at pp. 169-70; Ardia, at pp. 1450-51). In this context, it may well be difficult for courts to be sure that information will not be broadly disseminated in the absence of an order.

[81] It will be appropriate, of course, to consider the extent to which information is already in the public domain. If court openness will simply make available what is already broadly and easily accessible, it will be difficult to show that revealing the information in open court will actually result in a meaningful loss of that aspect of privacy relating to the dignity interest to which I refer here. However, just because information is already accessible to some segment of the public does not mean that making it available through the court process will not exacerbate the risk to privacy. Privacy is not a binary concept, that is, information is not simply either private or public, especially because, by reason of technology in particular, absolute confidentiality is best thought of as elusive (see generally *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 37; *UFCW*, at para. 27). The fact that certain information is already available somewhere in the public sphere does not preclude further harm to the privacy interest by additional dissemination, particularly if the feared dissemination of highly sensitive information is broader or more easily accessible (see generally Solove, at p. 1152; Ardia, at p. 1393-94; E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at p. 346).

mesure, protégés parce qu’ils n’étaient [TRADUCTION] « pratiquement pas connus » (D. S. Ardia, « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, p. 1396). Cependant, aujourd’hui, les tribunaux devraient prendre en considération le contexte des technologies de l’information, qui a facilité la communication de renseignements et le renvoi à ceux-ci (voir Bailey et Burkell, p. 169-170; Ardia, p. 1450-1451). Dans ce contexte, il peut fort bien être difficile pour les tribunaux d’avoir la certitude que les renseignements ne seront pas largement diffusés en l’absence d’une ordonnance.

[81] Il y aura lieu, bien sûr, d’examiner la mesure dans laquelle les renseignements font déjà partie du domaine public. Si la tenue de procédures judiciaires publiques ne fait que rendre accessibles ce qui est déjà largement et facilement accessible, il sera difficile de démontrer que la divulgation des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics entraînera effectivement une atteinte significative à cet aspect de la vie privée se rapportant à l’intérêt en matière de dignité auquel je fais référence en l’espèce. Cependant, le seul fait que des renseignements soient déjà accessibles à un segment de la population ne signifie pas que les rendre accessibles dans le cadre d’une procédure judiciaire n’exacerbera pas le risque pour la vie privée. La vie privée n’est pas une notion binaire, c’est-à-dire que les renseignements ne sont pas simplement soit privés, soit publics, d’autant plus que, en raison de la technologie en particulier, il vaut mieux considérer la confidentialité absolue comme difficile à atteindre (voir, de manière générale, *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 37; *TTUAC*, par. 27). Le fait que certains renseignements soient déjà accessibles quelque part dans la sphère publique n’empêche pas qu’une diffusion additionnelle de ceux-ci puisse nuire davantage à l’intérêt en matière de vie privée, en particulier si la diffusion appréhendée de renseignements très sensibles est plus large ou d’accès plus facile (voir de manière générale Solove, p. 1152; Ardia, p. 1393-1394; E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 346).

[82] Further, the seriousness of the risk is also affected by the probability that the dissemination the applicant suggests will occur actually occurs. I hasten to say that implicit in the notion of risk is that the applicant need not establish that the feared dissemination will certainly occur. However, the risk to the privacy interest related to the protection of dignity will be more serious the more likely it is that the information will be disseminated. While decided in a different context, this Court has held that the magnitude of risk is a product of both the gravity of the feared harm and its probability (*R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 86).

[83] That said, the likelihood that an individual's highly sensitive personal information will be disseminated in the absence of privacy protection will be difficult to quantify precisely. It is best to note as well that probability in this context need not be identified in mathematical or numerical terms. Rather, courts may merely discern probability in light of the totality of the circumstances and balance this one factor alongside other relevant factors.

[84] Finally, and as discussed above, individual sensitivities alone, even if they can be notionally associated with "privacy", are generally insufficient to justify a restriction on court openness where they do not rise above those inconveniences and discomforts that are inherent to court openness (*MacIntyre*, at p. 185). An applicant will only be able to establish that the risk is sufficient to justify a limit on openness in exceptional cases, where the threatened loss of control over information about oneself is so fundamental that it strikes meaningfully at individual dignity. These circumstances engage "social values of superordinate importance" beyond the more ordinary intrusions inherent to participating in the judicial process that Dickson J. acknowledged could justify curtailing public openness (pp. 186-87).

[82] De plus, la probabilité que la diffusion évoquée par le demandeur se produise réellement a également une incidence sur le caractère sérieux du risque. Je m'empresse de dire qu'il est implicite dans la notion de risque que le demandeur n'a pas besoin d'établir que la diffusion appréhendée se produira assurément. Cependant, plus la probabilité de diffusion des renseignements est grande, plus le risque pour l'intérêt en matière de vie privée lié à la protection de la dignité sera sérieux. Bien qu'elle l'ait fait dans un contexte différent, la Cour a déjà conclu que l'ampleur du risque est le fruit de la gravité du préjudice appréhendé et de sa probabilité (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 86).

[83] Cela dit, la probabilité que les renseignements personnels très sensibles d'une personne soient diffusés en l'absence de mesures de protection de la vie privée sera difficile à quantifier avec précision. Il convient également de souligner que la probabilité dans ce contexte n'a pas à être quantifiée en termes mathématiques ou numériques. Les tribunaux peuvent plutôt simplement déterminer cette probabilité à la lumière de l'ensemble des circonstances et mettre en balance ce facteur avec d'autres facteurs pertinents.

[84] Enfin, rappelons que la susceptibilité individuelle à elle seule, même si elle peut théoriquement être associée à la notion de « vie privée », est généralement insuffisante pour justifier de restreindre la publicité des débats judiciaires lorsqu'elle ne surpasse pas les inconvénients et les désagréments inhérents à la publicité des débats (*MacIntyre*, p. 185). Un demandeur ne pourra établir que le risque est suffisant pour justifier une limite à la publicité des débats que dans des cas exceptionnels, lorsque la perte de contrôle appréhendée des renseignements le concernant est fondamentale au point de porter atteinte de manière significative à sa dignité individuelle. Ces circonstances mettent en jeu « des valeurs sociales qui ont préséance », qui vont au-delà des atteintes plus ordinaires propres à la participation à une procédure judiciaire et qui, comme l'a reconnu le juge Dickson, pourraient justifier de restreindre la publicité des débats (p. 186-187).

[85] To summarize, the important public interest in privacy, as understood in the context of the limits on court openness, is aimed at allowing individuals to preserve control over their core identity in the public sphere to the extent necessary to preserve their dignity. The public has a stake in openness, to be sure, but it also has an interest in the preservation of dignity: the administration of justice requires that where dignity is threatened in this way, measures be taken to accommodate this privacy concern. Although measured by reference to the facts of each case, the risk to this interest will be serious only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their integrity. Recognizing this interest is consistent with this Court's emphasis on the importance of privacy and the underlying value of individual dignity, but is also tailored to preserve the strong presumption of openness.

D. *The Trustees Have Failed to Establish a Serious Risk to an Important Public Interest*

[86] As *Sierra Club* made plain, a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to an important public interest. The arguments on this appeal concerned whether privacy is an important public interest and whether the facts here disclose the existence of serious risks to privacy and safety. While the broad privacy interest invoked by the Trustees cannot be relied on to justify a limit on openness, the narrower concept of privacy understood in relation to dignity is an important public interest for the purposes of the test. I also recognize that a risk to physical safety is an important public interest, a point on which there is no dispute here. Accordingly, the relevant question at the first step is whether there is a serious risk to one or both of these interests. For reasons that follow, the Trustees have failed to establish a serious risk to

[85] En résumé, l'intérêt public important en matière de vie privée, tel qu'il est considéré dans le contexte des limites à la publicité des débats, vise à permettre aux personnes de garder un contrôle sur leur identité fondamentale dans la sphère publique dans la mesure nécessaire pour protéger leur dignité. Le public a certainement un intérêt dans la publicité des débats, mais il a aussi un intérêt dans la protection de la dignité : l'administration de la justice exige que, lorsque la dignité est menacée de cette façon, des mesures puissent être prises pour tenir compte de cette préoccupation en matière de vie privée. Bien qu'il soit évalué en fonction des faits de chaque cas, le risque pour cet intérêt ne sera sérieux que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. La reconnaissance de cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée et de la valeur sous-jacente de la dignité individuelle, tout en permettant aussi de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

D. *Les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important*

[86] Comme il a été clairement indiqué dans *Sierra Club*, une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour un intérêt public important. Les arguments soulevés dans le présent pourvoi portaient sur la question de savoir si la vie privée constitue un intérêt public important et si les faits en l'espèce révèlent l'existence de risques sérieux pour la vie privée et la sécurité. Bien que le large intérêt en matière de vie privée que font valoir les fiduciaires ne puisse être invoqué pour justifier une limite à la publicité des débats, la notion plus restreinte de vie privée considérée au regard de la dignité constitue un intérêt public important pour l'application du test. Je reconnais aussi qu'un risque pour la sécurité physique représente un intérêt public important, un point qui n'est pas



either. This alone is sufficient to conclude that the sealing orders should not have been issued.

(1) The Risk to Privacy Alleged in this Case Is Not Serious

[87] As I have said, the important public interest in privacy must be understood as one tailored to the protection of individual dignity and not the broadly defined interest the Trustees have asked this Court to recognize. In order to establish a serious risk to this interest, the information in the court files about which the Trustees are concerned must be sufficiently sensitive in that it strikes at the biographical core of the affected individuals. If it is not, there is no serious risk that would justify an exception to openness. If it is, the question becomes whether a serious risk is made out in light of the facts of this case.

[88] The application judge never explicitly identified a serious risk to the privacy interest he identified but, to the extent he implicitly reached this conclusion, I respectfully do not share his view. His finding was limited to the observation that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity [i.e., that of the victims and their loved ones] has already been extreme and, I am sure, excruciating” (para. 23). But the intense scrutiny faced by the Shermans up to the time of the application is only part of the equation. As the sealing orders can only protect against the disclosure of the information in these court files relating to probate, the application judge was required to consider the sensitivity of the specific information they contained. He made no such measure. His conclusion about the seriousness of the risk then focused entirely on the risk of physical harm, with

contesté en l’espèce. Par conséquent, la question pertinente à la première étape est celle de savoir s’il existe un risque sérieux pour l’un de ces intérêts ou pour ces deux intérêts. Pour les motifs qui suivent, les fiduciaires n’ont pas établi l’existence d’un risque sérieux pour l’un ou l’autre de ces intérêts. Cela suffit en soi pour conclure que les ordonnances de mise sous scellés n’auraient pas dû être rendues.

(1) Le risque pour la vie privée allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[87] Comme je l’ai déjà dit, l’intérêt public important en matière de vie privée doit être considéré comme un intérêt propre à la protection de la dignité individuelle et non comme l’intérêt largement défini que les fiduciaires ont demandé à la Cour de reconnaître. Pour établir l’existence d’un risque sérieux à l’égard de cet intérêt, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires qui préoccupent les fiduciaires doivent être suffisamment sensibles du fait qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées. Si ce n’est pas le cas, il n’y a pas de risque sérieux qui justifierait une exception à la publicité des débats. Si, par contre, c’est le cas, il faut alors se demander si les faits de l’espèce permettent d’établir l’existence d’un risque sérieux.

[88] Le juge de première instance n’a jamais explicitement constaté de risque sérieux pour l’intérêt en matière de vie privée qu’il a relevé, mais, dans la mesure où il est implicitement arrivé à cette conclusion, je ne puis, en toute déférence, partager son point de vue. Sa conclusion se limitait à l’observation selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité [c.-à-d. celle des victimes et de leurs êtres chers] est déjà extrême et, j’en suis sûr, insoutenable » (par. 23). Cependant, l’attention intense dont les Sherman ont fait l’objet jusqu’à la présentation de leur demande n’est qu’une partie de l’équation. Comme les ordonnances de mise sous scellés ne peuvent qu’offrir une protection contre la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers judiciaires se rapportant à l’homologation, le juge de première instance était tenu d’examiner le

no indication that he found that the Trustees met their burden as to the serious risk to the privacy interest. Said very respectfully and with the knowledge that the application judge did not have the benefit of the above framework, the failure to assess the sensitivity of the information constituted a failure to consider a required element of the legal test. This warranted intervention on appeal.

[89] Applying the appropriate framework to the facts of this case, I conclude that the risk to the important public interest in the affected individuals' privacy, as I have defined it above in reference to dignity, is not serious. The information the Trustees seek to protect is not highly sensitive and this alone is sufficient to conclude that there is no serious risk to the important public interest in privacy so defined.

[90] There is little controversy in this case about the likelihood and extent of dissemination of the information contained in the estate files. There is near certainty that the Toronto Star will publish at least some aspects of the estate files if it is provided access. Given the breadth of the audience of its media organization, and the high-profile nature of the events surrounding the death of the Shermans, I have no difficulty in concluding that the affected individuals would lose control over this information to a significant extent should the files be open.

[91] With regard to the sensitivity of the information, however, the information contained in these files does not reveal anything particularly private about the affected individuals. What would be revealed might well cause inconvenience and perhaps embarrassment, but it has not been shown that it would strike at their biographical core in a way that

caractère sensible des renseignements précis qu'ils contenaient. Or, il n'a pas procédé à une telle appréciation. Sa conclusion sur le caractère sérieux du risque s'est alors entièrement concentrée sur le risque de préjudice physique, alors que rien n'indiquait qu'il avait conclu que les fiduciaires s'étaient acquittés de leur fardeau quant à la démonstration d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée. En toute déférence, et en sachant qu'il ne disposait pas du cadre d'analyse précédemment exposé, j'estime qu'en n'examinant pas le caractère sensible des renseignements, le juge de première instance a omis de se pencher sur un élément nécessaire du test juridique. Cela justifiait une intervention en appel.

[89] En appliquant le cadre approprié aux faits de la présente affaire, je conclus que le risque pour l'intérêt public important à l'égard de la vie privée des personnes touchées, que j'ai défini précédemment au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements que les fiduciaires cherchent à protéger ne sont pas très sensibles, ce qui suffit en soi pour conclure qu'il n'y a pas de risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée ainsi défini.

[90] Il y a peu de controverse en l'espèce sur la probabilité de diffusion des renseignements contenus dans les dossiers de succession et sur l'étendue de cette diffusion. Il est presque certain que le Toronto Star publiera au moins certains aspects des dossiers de succession si on lui en donne l'accès. Compte tenu de l'important auditoire de l'entreprise médiatique en cause et de la nature très médiatisée des événements entourant la mort des Shermans, je n'ai aucune difficulté à conclure que les personnes touchées perdraient, dans une large mesure, le contrôle des renseignements en question si les dossiers étaient rendus accessibles.

[91] Cependant, en ce qui concerne le caractère sensible des renseignements, ceux contenus dans ces dossiers ne révèlent rien de particulièrement privé sur les personnes touchées. Ce qui serait révélé pourrait bien causer des inconvénients et peut-être de l'embarras, mais il n'a pas été démontré que la divulgation toucherait au cœur même des renseignements

would undermine their control over the expression of their identities. Their privacy would be troubled, to be sure, but the relevant privacy interest bearing on the dignity of the affected persons has not been shown to be at serious risk. At its highest, the information in these files will reveal something about the relationship between the deceased and the affected individuals, in that it may reveal to whom the deceased entrusted the administration of their estates and those who they wished or were deemed to wish to be beneficiaries of their property at death. It may also reveal some basic personal information, such as addresses. Some of the beneficiaries might well, it may fairly be presumed, bear family names other than Sherman. I am mindful that the deaths are being investigated as homicides by the Toronto Police Service. However, even in this context, none of this information provides significant insight into who they are as individuals, nor would it provoke a fundamental change in their ability to control how they are perceived by others. The fact of being linked through estate documents to victims of an unsolved murder is not in itself highly sensitive. It may be the source of discomfort but has not been shown to constitute an affront to dignity in that it does not probe deeply into the biographical core of these individuals. As a result, the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*.

[92] The fact that some of the affected individuals may be minors is also insufficient to cross the seriousness threshold. While the law recognizes that minors are especially vulnerable to intrusions of privacy (see *Bragg*, at para. 17), the mere fact that information concerns minors does not displace the generally applicable analysis (see, e.g., *Bragg*, at para. 11). Even taking into account the increased vulnerability of minors who may be affected individuals in the probate files, there is no evidence that

biographiques de ces personnes d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. Leur vie privée serait certes perturbée, mais il n'a pas été démontré que l'intérêt pertinent en matière de vie privée se rapportant à la dignité des personnes touchées serait sérieusement menacé. Tout au plus, les renseignements contenus dans ces dossiers pourraient-ils révéler quelque chose sur la relation entre les défunts et les personnes touchées, en ce qu'ils pourraient dévoiler à qui les défunts ont confié l'administration de leur succession respective, et qui ils voulaient voir ou étaient présumés vouloir voir devenir héritiers de leurs biens à leur décès. Ils pourraient également révéler certaines données personnelles de base, par exemple des adresses. On peut à juste titre présumer qu'il se peut fort bien que certains des bénéficiaires portent un nom de famille autre que Sherman. Je suis conscient que les décès font l'objet d'une enquête pour homicides par le service de police de Toronto. Cependant, même dans ce contexte, aucun de ces renseignements ne donne des indications importantes sur qui ils sont en tant que personnes, et aucun d'eux n'entraînerait non plus un changement fondamental dans leur capacité à contrôler la façon dont ils sont perçus par les autres. Le fait pour des personnes d'être liées par des documents de succession aux victimes d'un meurtre non résolu n'est pas en soi un renseignement très sensible. Il peut être la source de désagréments, mais il n'a pas été démontré qu'il constitue une atteinte à la dignité, en ce qu'il ne touche pas au cœur même des renseignements biographiques de ces personnes. En conséquence, les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important comme l'exige l'arrêt *Sierra Club*.

[92] Le fait que certaines des personnes touchées puissent être mineures ne suffit pas non plus à franchir le seuil du caractère sérieux. Bien que le droit reconnaisse que les mineurs sont particulièrement vulnérables aux atteintes à la vie privée (voir *Bragg*, par. 17), le simple fait que des renseignements concernent des mineurs n'écarte pas l'analyse généralement applicable (voir, p. ex., *Bragg*, par. 11). Même en tenant compte de la vulnérabilité accrue des mineurs pouvant être des personnes touchées

they would lose control of information about themselves that reveals something close to the core of their identities. Merely associating the beneficiaries or trustees with the Shermans' unexplained deaths is not enough to constitute a serious risk to the identified important public interest in privacy, defined in reference to dignity.

[93] Further, while the intense media scrutiny on the family following the deaths suggests that the information would likely be widely disseminated, it is not in itself indicative of the sensitivity of the information contained in the probate files.

[94] Showing that the information that would be revealed by court openness is sufficiently sensitive and private such that it goes to the biographical core of the affected individual is a necessary prerequisite to showing a serious risk to the relevant public interest aspect of privacy. The Trustees did not advance any specific reason why the contents of these files are more sensitive than they may seem at first glance. When asserting a privacy risk, it is essential to show not only that information about individuals will escape the control of the person concerned — which will be true in every case — but that this particular information concerns who the individuals are as people in a manner that undermines their dignity. This the Trustees have not done.

[95] Therefore, while some of the material in the court files may well be broadly disseminated, the nature of the information has not been shown to give rise to a serious risk to the important public interest in privacy, as appropriately defined in this context in reference to dignity. For that reason alone, I conclude that the Trustees have failed to show a serious risk to this interest.

dans les dossiers d'homologation, rien dans la preuve n'indique qu'ils perdraient le contrôle des renseignements les concernant qui révèlent quelque chose se rapprochant du cœur de leur identité. Le simple fait d'associer les bénéficiaires ou les fiduciaires à la mort inexplicquée des Sherman ne suffit pas à constituer un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de dignité ayant été constaté, intérêt défini au regard de la dignité.

[93] De plus, bien qu'elle indique que les renseignements seraient probablement largement diffusés, l'intense attention médiatique dont a fait l'objet la famille à la suite des décès n'est pas en soi révélatrice du caractère sensible des renseignements contenus dans les dossiers d'homologation.

[94] Démontrer que les renseignements qui seraient révélés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles et privés pour toucher au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées est une condition préalable nécessaire pour établir l'existence d'un risque sérieux pour l'aspect pertinent de la vie privée relatif à l'intérêt public. Les fiduciaires n'ont pas fait valoir de raison précise pour laquelle le contenu de ces dossiers serait plus sensible qu'il n'y paraît à première vue. Lorsque l'on affirme qu'il existe un risque pour la vie privée, il est essentiel de démontrer non seulement que les renseignements qui concernent des personnes échapperont au contrôle de celles-ci — ce qui sera vrai dans tous les cas —, mais aussi que ces renseignements concernent ce qu'elles sont en tant que personnes, d'une manière qui mine leur dignité. Or, les fiduciaires n'ont pas fait cette preuve.

[95] Par conséquent, même si certains des éléments contenus dans les dossiers judiciaires peuvent fort bien être largement diffusés, il n'a pas été démontré que la nature des renseignements en cause entraîne un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée, qui a été défini adéquatement dans le présent contexte au regard de la dignité. Pour cette seule raison, je conclus que les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

(2) The Risk to Physical Safety Alleged in this Case is Not Serious

[96] Unlike the privacy interest raised in this case, there was no controversy that there is an important public interest in protecting individuals from physical harm. It is worth underscoring that the application judge correctly treated the protection from physical harm as a distinct important interest from that of the protection of privacy and found that this risk of harm was “foreseeable” and “grave” (paras. 22-24). The issue is whether the Trustees have established a serious risk to this interest for the purpose of the test for discretionary limits on court openness. The application judge observed that it would have been preferable to include objective evidence of the seriousness of the risk from the police service conducting the homicide investigation. He nevertheless concluded there was sufficient proof of risk to the physical safety of the affected individuals to meet the test. The Court of Appeal says that was a misreading of the evidence, and the *Toronto Star* agrees that the application judge’s conclusion as to the existence of a serious risk to safety was mere speculation.

[97] At the outset, I note that direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important interest. This Court has held that it is possible to identify objectively discernable harm on the basis of logical inferences (*Bragg*, at paras. 15-16). But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. An inference must still be grounded in objective circumstantial facts that reasonably allow the finding to be made inferentially. Where the inference cannot reasonably be drawn from the circumstances, it amounts to speculation (*R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, at para. 45).

[98] As the Trustees correctly argue, it is not just the probability of the feared harm, but also the gravity

(2) Le risque pour la sécurité physique allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[96] Contrairement à ce qu’il en est pour l’intérêt en matière de vie privée soulevé en l’espèce, nul n’a contesté l’existence d’un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique. Il convient de souligner que le juge de première instance a correctement traité la protection contre un préjudice physique comme un intérêt important distinct de l’intérêt à l’égard de la protection de la vie privée, et a conclu que ce risque était [TRANSDUCTION] « prévisible » et « grave » (par. 22-24). La question consiste à savoir si les fiduciaires ont établi que cet intérêt est sérieusement menacé pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Le juge de première instance a fait remarquer qu’il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs du caractère sérieux du risque fournis par le service de police menant l’enquête pour homicides. Il a néanmoins conclu que la preuve de risque pour la sécurité physique des personnes touchées était suffisante pour que le test soit respecté. Selon la Cour d’appel, il s’agit d’une mauvaise interprétation de la preuve, et, de son côté, le *Toronto Star* convient que la conclusion du juge de première instance quant à l’existence d’un risque sérieux pour la sécurité constitue une simple conjecture.

[97] D’entrée de jeu, je souligne qu’une preuve directe n’est pas nécessairement exigée pour démontrer qu’un intérêt important est sérieusement menacé. Notre Cour a statué qu’il est possible d’établir l’existence d’un préjudice objectivement discernable sur la base d’inférences logiques (*Bragg*, par. 15-16). Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Une inférence doit tout de même être fondée sur des faits circonstanciels objectifs qui permettent raisonnablement de tirer la conclusion par inférence. Lorsque celle-ci ne peut raisonnablement être tirée à partir des circonstances, elle équivaut à une conjecture (*R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, par. 45).

[98] Comme le soutiennent à juste titre les fiduciaires, ce n’est pas seulement la probabilité du

of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. The question is ultimately whether this record allowed the application judge to objectively discern a serious risk of physical harm.

[99] This conclusion was not open to the application judge on this record. There is no dispute that the feared physical harm is grave. I agree with the *Toronto Star*, however, that the probability of this harm occurring was speculative. The application judge's conclusion as to the seriousness of the risk of physical harm was grounded on what he called "the degree of mystery that persists regarding both the perpetrator and the motives" associated with the deaths of the Shermans and his supposition that this motive might be "transported" to the trustees and beneficiaries (para. 5; see also paras. 19 and 23). The further step in reasoning that the unsealed estate files would lead to the perpetrator's next crime, to be visited upon someone mentioned in the files, is based on speculation, not the available affidavit evidence, and cannot be said to be a proper inference or some kind of objectively discerned harm or risk thereof. If that were the case, the estate files of every victim of an unsolved murder would pass the initial threshold of the test for a sealing order.

[100] Further, I recall that what is at issue here is not whether the affected individuals face a safety risk in general, but rather whether they face such a risk as a result of the openness of these court files. In light of the contents of these files, the Trustees had to point to some further reason why the risk posed

préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. La question consiste finalement à savoir si le présent dossier permettrait au juge de première instance de discerner de manière objective l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique.

[99] Il n'était pas loisible au juge de première instance de tirer cette conclusion au vu du dossier. Nul ne conteste que le préjudice physique appréhendé est grave. Je conviens cependant avec le *Toronto Star* que la probabilité que ce préjudice se produise était conjecturale. La conclusion du juge de première instance quant au caractère sérieux du risque de préjudice physique était fondée sur ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « le degré de mystère qui persiste en ce qui concerne à la fois le coupable et le mobile » en lien avec la mort des Sherman et sur sa supposition que ce mobile pourrait être « transposé » aux fiduciaires et aux bénéficiaires (par. 5; voir aussi par. 19 et 23). L'étape suivante du raisonnement, selon laquelle le fait de lever les scellés sur les dossiers de succession amènerait les coupables à commettre leur prochain crime contre une personne mentionnée dans les dossiers, repose sur des conjectures, et non sur les éléments de preuve par affidavit présentés, et ne peut être considérée comme une inférence appropriée ou un quelconque préjudice ou risque de préjudice objectivement discerné. Si tel était le cas, le dossier de succession de chaque victime d'un meurtre non résolu franchirait le seuil initial du test applicable pour déterminer si une ordonnance de mise sous scellés peut être rendue.

[100] En outre, je rappelle que la question à trancher en l'espèce n'est pas de savoir si les personnes touchées sont exposées à un risque pour leur sécurité en général, mais plutôt si la publicité des présents dossiers judiciaires les expose à un tel risque. À la lumière du contenu des dossiers en l'espèce, les

by this information becoming publicly available was more than negligible.

[101] The speculative character of the chain of reasoning leading to the conclusion that a serious risk of physical harm exists in this case is underlined by differences between these facts and those cases relied on by the Trustees. In *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, the risk of physical harm was inferred on the basis that the plaintiff was a police officer who had investigated “cases involving gang violence and dangerous firearms” and wrote sentencing reports for such offenders which identified him by full name (para. 6). In *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, Watt J.A. considered it “self-evident” that the disclosure of identifiers of an undercover operative working in counter-terrorism would compromise the safety of the operative (para. 41). In both cases, the danger flowed from facts establishing that the applicants were in antagonistic relationships with alleged criminal or terrorist organizations. But in this case, the Trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the Shermans’ deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not reasonably possible on this record. It is not a reasonable inference but, as the Court of Appeal noted, a conclusion resting on speculation.

[102] Were the mere assertion of grave physical harm sufficient to show a serious risk to an important interest, there would be no meaningful threshold in the analysis. Instead, the test requires the serious risk asserted to be well grounded in the record or the circumstances of the particular case (*Sierra Club*,

fiduciaires devaient avancer une autre raison pour laquelle le risque que posait le fait que ces renseignements deviennent accessibles au public était plus que négligeable.

[101] Le caractère conjectural du raisonnement menant à la conclusion selon laquelle il existe un risque sérieux de préjudice physique en l’espèce ressort des différences entre les faits en cause et ceux des affaires invoquées par les fiduciaires. Dans *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, le tribunal a inféré le risque de préjudice physique au motif que le demandeur était un policier qui avait enquêté sur des [TRADUCTION] « affaires portant sur la violence des gangs et des armes à feu dangereuses » et qui avait rédigé des rapports de détermination de la peine pour ces contrevenants, rapports dans lesquels il était identifié par son nom au complet (par. 6). Dans *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, le juge Watt a considéré qu’il était [TRADUCTION] « évident » que la divulgation d’éléments permettant d’identifier un agent d’infiltration travaillant dans le domaine du contre-terrorisme compromettrait la sécurité de l’agent (par. 41). Dans les deux cas, le danger découlait de faits établissant que les demandeurs entretenaient des relations antagonistes avec de prétendues organisations criminelles ou terroristes. Cependant, dans l’affaire qui nous occupe, les fiduciaires ont demandé au juge de première instance d’inférer non seulement le fait qu’un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu’il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Il n’est pas raisonnablement possible au vu du dossier en l’espèce d’inférer tout cela en se fondant sur le décès des Sherman et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts. Il ne s’agit pas d’une inférence raisonnable, mais, comme l’a souligné la Cour d’appel, d’une conclusion reposant sur des conjectures.

[102] Si le simple fait d’invoquer un préjudice physique grave suffisait à démontrer un risque sérieux pour un intérêt important, il n’y aurait pas de seuil valable dans l’analyse. Le test exige plutôt que le risque sérieux invoqué soit bien appuyé par le dossier ou les circonstances de l’espèce (*Sierra*

at para. 54; *Bragg*, at para. 15). This contributes to maintaining the strong presumption of openness.

[103] Again, in other cases, circumstantial facts may allow a court to infer the existence of a serious risk of physical harm. Applicants do not necessarily need to retain experts who will attest to the physical or psychological risk related to the disclosure. But on this record, the bare assertion that such a risk exists fails to meet the threshold necessary to establish a serious risk of physical harm. The application judge's conclusion to the contrary was an error warranting the intervention of the Court of Appeal.

E. *There Would Be Additional Barriers to a Sealing Order on the Basis of the Alleged Risk to Privacy*

[104] While not necessary to dispose of the appeal, it bears mention that the Trustees would have faced additional barriers in seeking the sealing orders on the basis of the privacy interest they advanced. I recall that to meet the test for discretionary limits on court openness, a person must show, in addition to a serious risk to an important interest, that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality (*Sierra Club*, at para. 53).

[105] Even if the Trustees had succeeded in showing a serious risk to the privacy interest they assert, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. The condition that the order be necessary requires the court to consider whether there are alternatives to the order sought and to restrict the order as much as reasonably possible to prevent the serious risk (*Sierra Club*, at para. 57). An order imposing a publication ban could restrict the dissemination

*Club*, par. 54; *Bragg*, par. 15), ce qui contribue au maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires.

[103] Encore une fois, dans d'autres affaires, des faits circonstanciels pourraient permettre à un tribunal d'inférer l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les demandeurs n'ont pas nécessairement à retenir les services d'experts qui attesteront l'existence du risque physique ou psychologique lié à la divulgation. Cependant, sur la foi du présent dossier, le simple fait d'affirmer qu'un tel risque existe ne permet pas de franchir le seuil requis pour établir l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. La conclusion contraire tirée par le juge de première instance était une erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

E. *Il y aurait des obstacles additionnels à l'octroi d'une ordonnance de mise sous scellés fondée sur le risque d'atteinte à la vie privée allégué*

[104] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher le pourvoi, il convient de mentionner que les fiduciaires auraient eu à faire face à des obstacles additionnels en cherchant à obtenir les ordonnances de mise sous scellés sur la base de l'intérêt en matière de vie privée qu'ils ont fait valoir. Je rappelle que, pour satisfaire au test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, une personne doit démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs (*Sierra Club*, par. 53).

[105] Même si les fiduciaires avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée qu'ils invoquent, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. La condition selon laquelle l'ordonnance doit être nécessaire oblige le tribunal à examiner s'il existe des mesures autres que l'ordonnance demandée et à restreindre l'ordonnance autant



of personal information to only those persons consulting the court record for themselves and prohibit those individuals from spreading the information any further. As I have noted, the likelihood and extent of dissemination may be relevant factors in determining the seriousness of a risk to privacy in this context. While the Toronto Star would be able to consult the files subject to a publication ban, for example, which may assist it in its investigations, it would not be able to publish and thereby broadly disseminate the contents of the files. A publication ban would seem to protect against this latter harm, which has been the focus of the Trustees' argument, while allowing some access to the file, which is not possible under the sealing orders. Therefore, even if a serious risk to the privacy interest had been made out, it would likely not have justified a sealing order, because a less onerous order would have likely been sufficient to mitigate this risk effectively. I hasten to add, however, that a publication ban is not available here since, as noted, the seriousness of the risk to the privacy interest at play has not been made out.

[106] Further, the Trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order, including the negative impact on the open court principle (*Sierra Club*, at para. 53). In balancing the privacy interests against the open court principle, it is important to consider whether the information the order seeks to protect is peripheral or central to the judicial process (paras. 78 and 86; *Bragg*, at paras. 28-29). There will doubtless be cases where the information that poses a serious risk to privacy, bearing as it does on individual dignity, will be central to the case. But the interest in important and legally relevant information being aired in open court may well overcome any concern for the privacy interests in that same

qu'il est raisonnablement possible de le faire pour écarter le risque sérieux (*Sierra Club*, par. 57). Une ordonnance imposant une interdiction de publication pourrait restreindre la diffusion de renseignements personnels aux seules personnes qui consultent le dossier judiciaire pour elles-mêmes et interdire à celles-ci de diffuser davantage les renseignements. Comme je l'ai mentionné, la probabilité et l'étendue de la diffusion peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère sérieux d'un risque pour la vie privée dans ce contexte. Alors que le Toronto Star serait en mesure de consulter les dossiers faisant l'objet d'une interdiction de publication, par exemple, ce qui pourrait l'aider dans ses enquêtes, il ne pourrait publier, et ainsi diffuser largement, le contenu des dossiers. Une interdiction de publication semble offrir une protection contre ce dernier préjudice, qui a été au centre de l'argumentation des fiduciaires, tout en permettant un certain accès au dossier, ce qui n'est pas possible aux termes des ordonnances de mise sous scellés. En conséquence, même si un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée avait été établi, ce risque n'aurait probablement pas justifié une ordonnance de mise sous scellés, car une ordonnance moins sévère aurait probablement suffi à atténuer ce risque de manière efficace. Je m'empresse cependant d'ajouter qu'une interdiction de publication ne peut être prononcée en l'espèce, puisque, comme il a été souligné, le caractère sérieux du risque pour l'intérêt en matière de vie privée en jeu n'a pas été établi.

[106] De plus, les fiduciaires auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emportaient sur ses effets préjudiciables, y compris l'incidence négative sur le principe de la publicité des débats judiciaires (*Sierra Club*, par. 53). Pour mettre en balance les intérêts en matière de vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires, il importe de se demander si les renseignements que l'ordonnance vise à protéger sont accessoires ou essentiels au processus judiciaire (par. 78 et 86; *Bragg*, par. 28-29). Il y aura sans doute des affaires où les renseignements présentant un risque sérieux pour la vie privée, du fait qu'ils toucheront à la dignité individuelle, seront essentiels au litige. Cependant, l'intérêt à ce

information. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

## VI. Conclusion

[107] The conclusion that the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest ends the analysis. In such circumstances, the Trustees are not entitled to any discretionary order limiting the open court principle, including the sealing orders they initially obtained. The Court of Appeal rightly concluded that there was no basis for asking for redactions because the Trustees had failed at this stage of the test for discretionary limits on court openness. This is dispositive of the appeal. The decision to set aside the sealing orders rendered by the application judge should be affirmed. Given that I propose to dismiss the appeal on the existing record, I would dismiss the Toronto Star's motion for new evidence as being moot.

[108] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. The Toronto Star requests no costs given the important public issues in dispute. As such, there will be no order as to costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

que des renseignements importants et juridiquement pertinents soient diffusés dans le cadre de débats judiciaires publics pourrait bien prévaloir sur toute préoccupation à l'égard des intérêts en matière de vie privée relativement à ces mêmes renseignements. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

## VI. Conclusion

[107] La conclusion selon laquelle les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important met fin à l'analyse. En de telles circonstances, les fiduciaires n'ont droit à aucune ordonnance discrétionnaire limitant le principe de la publicité des débats judiciaires, y compris les ordonnances de mise sous scellés qu'ils ont initialement obtenues. La Cour d'appel a conclu à juste titre qu'il n'y avait aucune raison de demander un caviardage parce que les fiduciaires n'avaient pas franchi cette étape du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cette conclusion est déterminante quant à l'issue du pourvoi. La décision d'annuler les ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance devrait être confirmée. Étant donné que je suis d'avis de rejeter le pourvoi eu égard au dossier existant, je rejetterais la requête en production de nouveaux éléments de preuve présentée par le Toronto Star au motif que celle-ci est théorique.

[108] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi. Le Toronto Star ne sollicite aucuns dépens, compte tenu des importantes questions d'intérêt public en litige. Dans les circonstances, aucuns dépens ne seront adjugés.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: DMG Advocates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : DMG Advocates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Income Security Advocacy Centre: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Centre d'action pour la sécurité du revenu : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.: Farris, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc. : Farris, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH and Mental Health Legal Committee : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**Pardeep Singh Chouhan** *Respondent/  
Appellant on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Aboriginal Legal Services Inc.,  
Association québécoise des avocats et avocates  
de la défense,  
David Asper Centre for Constitutional Rights,  
Canadian Association of Black Lawyers,  
Canadian Muslim Lawyers Association,  
Federation of Asian Canadian Lawyers,  
South Asian Bar Association of Toronto,  
Advocates' Society,  
Defence Counsel Association of Ottawa,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Debbie Baptiste and  
British Columbia Civil Liberties Association**  
*Interveners*

**INDEXED AS: R. v. CHOUHAN**

**2021 SCC 26**

File No.: 39062.

Hearing and judgment: October 7, 2020.

Reasons delivered: June 25, 2021.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée à  
l'appel incident*

c.

**Pardeep Singh Chouhan** *Intimé/Appelant à  
l'appel incident*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Aboriginal Legal Services Inc.,  
Association québécoise des avocats et avocates  
de la défense,  
David Asper Centre for Constitutional Rights,  
Canadian Association of Black Lawyers,  
Association canadienne des avocats  
musulmans,  
Federation of Asian Canadian Lawyers,  
South Asian Bar Association of Toronto,  
Société des plaideurs,  
Defence Counsel Association of Ottawa,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Debbie Baptiste et  
British Columbia Civil Liberties Association**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CHOUHAN**

**2021 CSC 26**

N° du greffe : 39062.

Audition et jugement : 7 octobre 2020.

Motifs déposés : 25 juin 2021.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair hearing — Right to trial by jury — Jurors — Selection — Peremptory challenges — Whether amendments to Criminal Code abolishing accused’s peremptory challenges during jury selection violate right to fair hearing or right to benefit of trial by jury — If not, whether abolition of peremptory challenges applies to accused awaiting trial on date amendments came into force — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (f) — An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, 1st Sess., 42nd Parl., 2019, c. 25, ss. 269, 271, 272 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 633, 638.*

In 2019, Parliament modified how juries are selected in Canada. Sections 269, 271 and 272 of Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, abolished accused persons’ peremptory challenges of jurors, modified challenges for cause, and vested trial judges with the power to stand aside prospective jurors to maintain public confidence in the administration of justice. These amendments came into force on the same day that jury selection in C’s trial for first degree murder was scheduled to begin, depriving C of the right to remove a limited number of prospective jurors from the jury without providing a reason for doing so. C challenged the constitutionality of the abolition of peremptory challenges on the basis that it infringed his right to a fair and public hearing before an independent and impartial jury under s. 11(d) of the *Charter* and his right to the benefit of trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Charter*. C also argued that as the amending Act lacked any transitional provisions, the amendments operated only prospectively and therefore did not apply to his trial.

The trial judge dismissed C’s constitutional challenge and determined that the amendments applied to C’s trial. Jury selection proceeded without peremptory challenges. C was convicted of first degree murder and appealed from his conviction. The Court of Appeal overturned C’s conviction and ordered a new trial. It held that the abolition of peremptory challenges was constitutional, but that since the amendments affected an accused’s substantive right to participate in the selection of the jury, they operated only

## EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Jurés — Sélection — Récusations péremptoires — Les modifications au Code criminel abolissant les récusations péremptoires de l’accusé durant la sélection du jury violent-elles le droit à un procès équitable ou celui de subir un procès avec jury? — Sinon, l’abolition des récusations péremptoires s’applique-t-elle à l’accusé en attente de son procès à la date d’entrée en vigueur des modifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f) — Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019, c. 25, art. 269, 271, 272 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 633, 638.*

En 2019, le Parlement a modifié le mode de sélection des jurys au Canada. Les articles 269, 271 et 272 du projet de loi C-75, la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, ont aboli les récusations péremptoires de jurés dont disposait la personne accusée, modifié les récusations motivées, et conféré au juge du procès le pouvoir de mettre à l’écart des candidats jurés afin de maintenir la confiance du public envers l’administration de la justice. Ces modifications sont entrées en vigueur le jour même où la sélection du jury dans le procès de C pour meurtre au premier degré devait s’ouvrir, privant C du droit d’exclure, sans avoir à se justifier, un nombre limité de candidats jurés. C a contesté la constitutionnalité de l’abolition des récusations péremptoires, faisant valoir qu’elle a porté atteinte à son droit d’être jugé par un jury indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable protégé par l’al. 11d) de la *Charte*, ainsi qu’à son droit à un procès avec jury protégé par l’al. 11f) de la *Charte*. C a aussi fait valoir que, comme la Loi modificatrice ne comportait pas de dispositions transitoires, les modifications ne valaient que pour l’avenir et ne s’appliquaient donc pas à son procès.

Le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de C et a conclu que les modifications s’appliquaient au procès de ce dernier. La sélection des jurés s’est déroulée sans récusations péremptoires. C a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et a fait appel de la déclaration de culpabilité. La Cour d’appel a infirmé la déclaration de culpabilité de C et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Elle a convenu de la constitutionnalité de l’abolition des récusations péremptoires, mais a conclu que comme les

prospectively and did not apply to C's trial. The Crown appeals to the Court on the issue of the temporal scope of the abolition of peremptory challenges. C cross-appeals on the constitutionality of the amendments abolishing peremptory challenges.

*Held* (Abella J. dissenting in part and Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and C's conviction restored, and the cross-appeal should be dismissed.

*Per* Wagner C.J., Moldaver and Brown JJ.: The statutory amendments abolishing peremptory challenges are constitutional and purely procedural, and therefore have retrospective application. They apply to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019, the date of the abolition's coming into force as part of Bill C-75.

Since Canada's earliest days, peremptory challenges have formed part of a dynamic in-court jury selection process that also includes challenges for cause and the power of the trial judge to excuse or stand aside prospective jurors. Peremptory challenges played a distinct but limited role in the broader context of jury selection and, according to Sir William Blackstone, served two purposes: that an accused person ought not to be tried by any one against whom he has conceived a prejudice and that an accused ought to have an opportunity to remove jurors who may become resentful after an unsuccessful challenge for cause. Peremptory challenges heightened the accused's perception that he or she had had the benefit of a fairly selected tribunal. Accused persons routinely used peremptory challenges based on the way prospective jurors looked at them during the selection process, and there was some evidence that racialized accused used them to make room for jurors with diverse backgrounds.

Although peremptory challenges had value from the subjective view of accused persons, the true value of this "benefit" was doubtful. It is not possible to trace the impact of peremptory challenges on the verdict. More critically, peremptory challenges sat uneasily with other aspects of jury selection. They undermined the randomness of jury selection, a significant guarantor of jury independence and impartiality, and they did not displace the principle that the

modifications avaient une incidence sur le droit substantiel d'un accusé de participer à la sélection du jury, elles n'avaient d'effet que pour l'avenir et ne s'appliquaient pas dans le cadre du procès de C. La Couronne se pourvoit devant la Cour sur la question de la portée temporelle de l'abolition des récusations péremptoires. C forme un pourvoi incident sur la constitutionnalité des modifications qui ont aboli les récusations péremptoires.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente en partie et la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité de C est rétablie et le pourvoi incident est rejeté.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Brown : Les modifications législatives abolissant les récusations péremptoires sont constitutionnelles et purement procédurales et elles s'appliquent donc rétrospectivement. Elles s'appliquent à tous les processus de sélection des jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019, date d'entrée en vigueur de l'abolition prévue par le projet de loi C-75.

Au Canada, depuis la fondation du pays, les récusations péremptoires faisaient partie d'un processus dynamique de sélection des jurés en salle d'audience, qui comprenait également les récusations motivées et le pouvoir du juge du procès de dispenser des candidats jurés ou d'en ordonner la mise à l'écart. Les récusations péremptoires jouaient un rôle spécifique, encore que restreint, dans le contexte général de la sélection du jury et, selon Sir William Blackstone, elles servaient à deux fins : que l'accusé ne soit pas jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé et que l'accusé soit libre d'exclure les jurés susceptibles d'éprouver un ressentiment après avoir fait l'objet d'une récusation motivée infructueuse. Les récusations péremptoires intensifiaient le sentiment de l'accusé qu'il avait bénéficié d'un tribunal constitué équitablement. L'accusé recourait très souvent à ce type de récusations en se fondant sur la manière dont les candidats jurés le regardaient durant le processus de sélection, et certains éléments de preuve démontrent que les accusés racialisés les utilisaient au profit de candidats provenant de divers horizons.

Même si les récusations péremptoires avaient une certaine valeur du point de vue subjectif de l'accusé, la vraie valeur de cet « avantage » était douteuse. Il était impossible de discerner l'effet des récusations péremptoires sur le verdict. Fait plus important, les récusations péremptoires cadraient mal avec plusieurs autres aspects de la sélection des jurés. Elles minaient le caractère aléatoire de la sélection des jurés, une garantie importante de l'indépendance

accused has no right to select a partial or favourable jury. They also had a darker side which allowed for practices born of prejudice and stereotypes, which had palpable and well-documented effects on the composition of juries. Indigenous communities, in particular, have witnessed their disturbing effects. Faced with mounting criticisms, Parliament abolished them and bolstered the role of the trial judge in supervising the jury selection process.

The abolition of peremptory challenges does not infringe the s. 11(d) *Charter* rights of accused persons. Section 11(d) does not entitle the accused to any particular procedure. In determining whether s. 11(d) is breached, the question is not whether a new process chosen by Parliament is less advantageous to the accused, but rather whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would consider that the new jury selection process gives rise to a reasonable apprehension of bias so as to deprive accused persons of a fair trial before an independent and impartial tribunal. The constitutionality of the jury selection process must be considered as a whole. The jury selection regime since Parliament enacted Bill C-75 continues to provide the independent and impartial jury that each accused is owed under s. 11(d) of the *Charter*: representative jury rolls provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to serve as jurors, randomness in the jury selection process bolsters independence and impartiality, and challenges for cause and the trial judge's power to excuse prospective jurors provide mechanisms for removing prospective jurors whose impartiality is in question.

The abolition of peremptory challenges comes at a time of heightened public awareness of the role of racial prejudice in the criminal justice system. Before the Court, various interveners submitted that diversity is fundamental to achieving a jury that is impartial to the accused and free from discrimination toward jurors and victims. As a constitutional matter, however, the jurisprudence has never interpreted jury representativeness and impartiality as requiring diversity among members of the petit jury, nor has the concept of impartiality ever rested on the accused's subjective confidence in each individual juror or jurors sharing an aspect of a characteristic of their identity with the accused or the victim. Fair trial rights do not depend on the subjective perceptions of the accused, and absolute diversity on a jury is unattainable, as no group of 12 could

et de l'impartialité du jury, et elles n'ont pas supplanté le principe selon lequel l'accusé n'a pas le droit de choisir un jury partial ou favorable. Elles avaient aussi un côté plus sombre qui permettait l'exclusion fondée sur des préjugés et des stéréotypes, ce qui avait des effets tangibles et bien documentés sur la composition des jurys. Les communautés autochtones, en particulier, ont pu constater leur effet troublant. Devant la montée des critiques, le Parlement les a abolies et a accru le pouvoir de surveillance du juge du procès dans le cadre de la sélection des jurés.

L'abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits que confère l'al. 11d) à l'accusé. Cette disposition ne donne pas à l'accusé le droit à une procédure particulière. Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a été porté atteinte, la question n'est pas de savoir si le nouveau processus retenu par le Parlement est moins avantageux pour l'accusé, mais plutôt de savoir si une personne raisonnable, bien informée des circonstances, estimerait que le nouveau processus de sélection des jurés donne lieu à une crainte raisonnable de partialité au point de priver l'accusé d'un procès équitable tenu devant un tribunal indépendant et impartial. Il faut examiner la constitutionnalité du processus de sélection des jurés dans son ensemble. Le régime de sélection des jurés qui s'applique depuis que le Parlement a adopté le projet de loi C-75 continue de garantir la formation du jury indépendant et impartial auquel chaque accusé a droit aux termes de l'al. 11d) de la *Charte* : une liste représentative de jurés donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête d'exercer la fonction de juré, le caractère aléatoire du processus de sélection du jury favorise l'indépendance et l'impartialité, et les récusations motivées ainsi que le pouvoir du juge du procès de dispenser des candidats jurés constituent des mécanismes permettant d'exclure les candidats jurés dont l'impartialité est discutable.

L'abolition des récusations péremptoires survient à un moment où la population est plus consciente de l'influence des préjugés raciaux dans le système de justice criminelle. Devant la Cour, divers intervenants ont soutenu que la diversité est essentielle si l'on veut obtenir un jury qui est impartial envers l'accusé et exempt de discrimination envers les jurés et les victimes. Au plan constitutionnel, toutefois, les tribunaux n'ont jamais vu dans les impératifs de représentativité et d'impartialité des jurys une obligation de veiller à ce que les membres du petit jury proviennent d'horizons différents; la notion d'impartialité n'a jamais non plus reposé sur la confiance subjective de l'accusé dans le fait que chacun des jurés partage un aspect de son identité avec l'accusé ou la victime. Le droit à un procès équitable ne dépend pas des perceptions subjectives

ever represent the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

Other opportunities remain for the parties in criminal trials to raise and address concerns about juror partiality and bias. Trial judges should consider crafting jury charges and mid-trial instructions that caution against the risk that bias will taint the jury's deliberations. Jurors legitimately bring their life experiences to their deliberations but this cannot interfere with their responsibility to approach the case with an open mind. Jury instructions can expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface. General instructions on biases and stereotypes ought to highlight that jurors may be aware of some biases while being unaware of others and should exhort jurors to approach their task with self-consciousness and introspection. Instructions on specific biases and stereotypes that arise on the facts of the case should consider context and the harmful nature of stereotypical assumptions or myths, for example, the effects of colonization and systemic racism on Indigenous peoples or myth-based reasoning in sexual assault prosecutions.

The challenge for cause provisions under s. 638 of the *Criminal Code* also provide a robust mechanism to raise concerns about partiality. Challenges for cause are unlimited and not readily susceptible to abuse because their focus is on transparency and openness. A wide range of characteristics are the proper subject of a challenge for cause. The trial judge enjoys significant discretion to determine how far the parties may go in the questions that are asked. Questions ought to explore the juror's willingness to identify unconscious bias and to strive to cast it aside. Appropriate questions may relate to aspects of the case such as race, addiction, religion, occupation, sexual orientation or gender expression. Questions should balance the accused's right to an impartial jury and the privacy interests of prospective jurors.

The amended power to direct jurors to stand by to maintain public confidence in the administration of justice under s. 633 of the *Criminal Code* provides a means to exclude a juror who might be partial but who survived a challenge for cause. The "maintaining public confidence

de l'accusé, et l'absolue diversité au sein d'un jury est illusoire, puisqu'aucun groupe de 12 personnes ne pourra jamais représenter les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

Les parties disposent d'autres occasions lors d'un procès criminel de soulever et de dissiper des craintes quant à la partialité et aux partis pris des jurés. Le juge du procès devrait songer à élaborer des directives au jury et des directives de mi-procès qui mettent en garde contre le risque d'une atteinte à l'intégrité des délibérations du jury pour cause de partis pris. Les jurés apportent légitimement à leurs délibérations leurs expériences personnelles, mais cela ne peut entraver leur obligation d'examiner la cause avec un esprit ouvert. Les directives au jury peuvent mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés. Les directives générales sur les partis pris et sur les stéréotypes devraient souligner que les jurés sont parfois conscients de certains de leurs partis pris sans avoir conscience des autres et elles devraient exhorter les jurés à aborder leur tâche avec une bonne dose de conscience de soi et d'introspection. Les directives sur des partis pris ou des stéréotypes particuliers données compte tenu des faits de la cause devraient tenir compte du contexte et de l'effet pernicieux des idées préconçues ainsi que des mythes, comme les effets de la colonisation et du racisme systémique sur les Autochtones ou les raisonnements fondés sur des mythes dans des affaires d'agression sexuelle.

L'article 638 du *Code criminel*, qui concerne les récusations motivées, offre aussi à l'accusé une réelle possibilité d'émettre des doutes quant à la partialité. Les récusations motivées sont illimitées et elles ne se prêtent pas facilement à l'abus, puisqu'elles reposent sur la transparence et l'ouverture. Un large éventail de caractéristiques constitue à juste titre l'objet d'une récusation motivée. Le juge du procès dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour dire jusqu'où les parties peuvent aller dans les questions qui sont posées. Les questions devraient permettre d'explorer la volonté du juré de reconnaître un parti pris inconscient et de s'appliquer à l'évacuer. Les questions appropriées peuvent porter sur des caractéristiques de la cause comme la race, la dépendance à l'alcool ou aux drogues, la religion, la profession, l'orientation sexuelle ou l'expression de genre. Les questions devraient établir un équilibre entre le droit de l'accusé à un jury impartial, et celui à la vie privée des candidats jurés.

Le pouvoir modifié d'ordonner que des jurés se tiennent à l'écart pour maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice prévu à l'art. 633 du *Code criminel* constitue un moyen d'exclure un juré possiblement partial, qui a néanmoins résisté à une récusation motivée.



in the administration of justice” standard provides an effective analytical yardstick to address a variety of residual concerns in the jury selection process. The contours of the trial judge’s discretion to stand aside jurors will be determined on a case-by-case basis, but it cannot be used to actively promote jury diversity or to achieve a jury that approximates the diversity of Canadian society. An approach which calls upon the trial judge to enhance diversity on the petit jury raises a host of practical problems, some of which could involve constitutional issues. As a constitutional matter, diverse juries depend on diverse jury panels achieved through the randomness of the jury selection process. The reasonable, informed observer would lose confidence in a jury selection process that requires trial judges to sacrifice randomness for diversity. Parliament and the provincial legislatures may, within constitutional bounds, pursue further legislative reform designed to better promote or enhance the diversity of the petit jury.

The abolition of peremptory challenges also does not infringe C’s right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*. Section 11(f) offers no greater protection of impartiality than s. 11(d). The right to a representative jury does not entitle the accused to proportionate representation at any stage of the jury selection process. Section 11(f)’s guarantee of representativeness requires the state to provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process, by compiling a jury roll that draws from a broadly inclusive source list and delivering jury notices to those who have been selected. These aspects of jury selection are not affected by the abolition of peremptory challenges.

The amending legislation did not include transitional provisions that set out whether and how the amendments apply to prosecutions pending in the system. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively. Procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced is presumed to apply immediately. However, procedural provisions that affect substantive rights in their application are not purely procedural and do not apply immediately. The substantive right at issue in this case is the *Charter* right to a fair trial by an independent and impartial jury. Jury selection procedures only serve those rights and a

La norme du « maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » constitue un bon repère analytique qui permet de dissiper une foule de préoccupations persistantes à propos du processus de sélection des jurés. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’écarter des jurés sera circonscrit au cas par cas, mais il ne peut pas servir à promouvoir activement la diversité du jury ou à ce qu’il soit façonné à l’image de la diversité de la société canadienne. Une approche qui exigerait du juge du procès qu’il accroisse la diversité du petit jury soulèverait une foule de problèmes pratiques, dont certains pourraient poser des questions d’ordre constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, la formation de jurys diversifiés dépend de l’existence de tableaux diversifiés de jurés qui découle du caractère aléatoire du processus de sélection du jury. L’observateur raisonnable et informé perdrait confiance dans un processus de sélection du jury qui exigerait que le juge du procès sacrifie le caractère aléatoire au profit de la diversité. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent, dans les limites fixées par la Constitution, envisager d’autres réformes législatives conçues pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury.

L’abolition des récusations péremptoires n’empiète pas non plus sur le droit de C à un procès avec jury que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte*. Cette disposition ne protège pas davantage l’impartialité que ne le fait l’al. 11d). Le droit à un jury représentatif ne donne pas à l’accusé le droit à une représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection du jury. La garantie de représentativité contenue à l’al. 11f) requiert de l’État qu’il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection du jury, en dressant une liste de jurés à partir d’une liste brute largement inclusive, et en envoyant des avis de sélection de jurés aux personnes qui ont été choisies. L’abolition des récusations péremptoires n’a pas d’incidence sur ces aspects de la sélection du jury.

La Loi modificatrice ne contenait pas de dispositions transitoires précisant si et de quelle manière les modifications s’appliqueraient aux poursuites criminelles déjà en cours. Une nouvelle mesure législative qui porte atteinte aux droits substantiels est présumée n’avoir d’effet que pour l’avenir, à moins qu’il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement. Une mesure législative procédurale destinée à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit est présumée s’appliquer immédiatement. Cependant, les dispositions procédurales dont l’application porte atteinte à des droits substantiels ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement. Le droit substantiel en cause en l’espèce est le droit

modification in procedure does not affect their fulfilment, absent a constitutional infringement. The presence or absence of peremptory challenges therefore does not affect substantive rights, namely those codified in ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. Even accepting the existence of a substantive right to participate in the selection of one's jury, the amendments affect only the way in which that right was exercised. There is no basis for construing the amendments as anything but procedural. Accordingly, the abolition of peremptory challenges applies immediately to all jury selection processes beginning on or after the date the amendments took effect, including C's trial.

*Per Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.:* There is agreement that the amendments abolishing peremptory challenges are constitutional and purely procedural and therefore apply immediately to ongoing proceedings. Parliament was entitled to act on persistent concerns about the discriminatory use of peremptory challenges by abolishing them. There also is agreement that jury instructions on bias play a vital role in spurring juror introspection, self-consciousness and accountability. Courts must take active steps to ensure decision-making is free of prejudice, myths and stereotypes, through a contextualized approach that looks beyond overt and intentional discrimination to structural and unconscious bias that may undermine trial fairness, juror impartiality and equality for accused persons and victims.

However, there is disagreement with Moldaver and Brown JJ. with respect to how they would approach the enhanced stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* and the scope of questioning on challenges for cause. These issues are complex, multifaceted and immaterial to the outcome of the appeal. It is preferable not to address them given the lack of direct assistance from the parties and scant jurisprudence from lower courts on this matter. With respect to the interpretation of s. 633, undue weight should not be placed on the principle of random selection. Randomness is neither an end in itself nor a freestanding constitutional imperative. In an unequal society, randomness may produce discriminatory outcomes. Many systemic factors lead to underrepresentation of certain groups at all stages of jury selection. It is open to Parliament to

garanti par la *Charte* à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Les procédures de sélection des jurés n'existent que pour servir ce droit et une modification des procédures n'altère pas sa réalisation, à moins qu'elle enfreigne une disposition constitutionnelle. La présence ou l'absence de récusations péremptoires ne porte donc pas atteinte à des droits substantiels, à savoir ceux codifiés aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Même si l'on admettait l'existence d'un droit substantiel de l'accusé de participer à la sélection de ses jurés, les modifications ne concernent que la façon dont ce droit substantiel était exercé. Il n'est pas justifié d'interpréter ces modifications comme étant quoi que ce soit d'autre que des modifications procédurales. En conséquence, l'abolition des récusations péremptoires s'applique immédiatement à tous les processus de sélection du jury entrepris à compter de la date d'entrée en vigueur des modifications, y compris au procès de C.

*Les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer :* Il y a accord pour dire que les modifications qui ont aboli les récusations péremptoires sont constitutionnelles et purement procédurales, de sorte qu'elles s'appliquent immédiatement aux instances en cours. Le Parlement était autorisé à agir en réponse à des préoccupations persistantes quant à l'utilisation discriminatoire des récusations péremptoires en les abolissant. Il y a aussi accord pour dire que les directives aux jurés sur les partis pris jouent un rôle vital en incitant les membres du jury à l'introspection, à la conscience de soi et à la responsabilité. Les tribunaux doivent prendre des mesures actives pour garantir que la prise de décision aura lieu sans faire appel aux préjugés, aux mythes et aux stéréotypes au moyen d'une approche contextualisée qui porte le regard au-delà de la discrimination manifeste et intentionnelle, soit sur les partis pris structurels et inconscients qui peuvent miner l'équité des procès, l'impartialité des membres du jury et l'égalité pour les personnes accusées ainsi que pour les victimes.

Toutefois, il y a désaccord avec les juges Moldaver et Brown en ce qui a trait à leur interprétation du pouvoir accru de mise à l'écart prévu à l'art. 633 du *Code criminel* et de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées. Ces questions sont complexes, comportent de multiples facettes et sont sans importance pour l'issue de l'appel. Il est préférable de ne pas en traiter compte tenu de l'absence d'observations de la part des parties et de l'insuffisance de la jurisprudence des tribunaux d'instances inférieures sur le sujet. Pour l'interprétation de l'art. 633, il ne faut pas accorder un poids indu au principe de la sélection aléatoire. Le caractère aléatoire n'est ni une fin en soi ni une exigence constitutionnelle autonome. Dans une société inégalitaire, le caractère aléatoire peut donner lieu à des résultats discriminatoires. De nombreux

legislate to address these problems, including by taking steps to deliberately include underrepresented groups. Although departing from randomness by using the stand-alone power to enhance diversity may give rise to practical challenges, those problems should not be overstated. Section 633 does not impose rigid requirements respecting the precise composition of the jury, but rather confers a broad and flexible discretion that can be tailored to the circumstances in which it is exercised.

With respect to challenges for cause, trial judges are afforded latitude to depart from the formula set out in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, where appropriate to ensure juror impartiality. Trial judges must permit prejudices to be examined through this process. It is true that the privacy interests of prospective jurors must be respected. However, privacy is just one interest to be weighed against others. The Court has also warned against setting a threshold for challenges for cause that would catch only the grossest forms of racial prejudice. It has been questioned whether the *Parks* formula catches anything beyond the grossest forms of prejudice. Ultimately, courts must be allowed to exercise their discretion in accordance with the wording and purpose of s. 638(1)(b) of the *Criminal Code*, the right to a fair and impartial tribunal, and *Charter* values, including substantive equality.

The Court should not use this case to circumscribe how judges may apply these recently-amended procedures. The preferable process would be for the Court to wait and see how the interlocking pieces of the new statutory regime work together in practice before weighing in with limits on how they may be used. A cautious approach is advisable to allow the new regime to develop organically and as intended.

*Per* Rowe J.: There is agreement that the abolition of peremptory challenges is constitutionally valid and that the legislative change is purely procedural and has retrospective application. However, it is necessary to address the risk that constitutionalizing statutory provisions through the jurisprudence poses. Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* give an accused the right to benefit from a fair trial by an independent and impartial jury but they do not guarantee the most favourable procedures

facteurs systémiques entraînent une sous-représentation de certains groupes à toutes les étapes de la sélection du jury. Il appartient au Parlement de légiférer pour régler ces problèmes, y compris d'adopter des mesures pour inclure délibérément les groupes sous-représentés. Même si le fait de s'éloigner du caractère aléatoire en utilisant le pouvoir de mise à l'écart pour accroître la diversité peut donner lieu à des défis sur le plan pratique, il ne faudrait pas exagérer ces problèmes. L'article 633 n'impose pas d'exigences rigides quant à la composition précise du jury; il confère plutôt un pouvoir discrétionnaire large et souple qui peut être adapté aux circonstances dans lesquelles il est exercé.

En ce qui a trait aux récusations motivées, le juge du procès dispose de la latitude nécessaire pour s'écarter de la formulation prescrite par l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, lorsqu'il est approprié de le faire pour garantir l'impartialité des membres du jury. Le juge du procès doit permettre d'examiner les préjugés au moyen de ce processus. Certes, il faut respecter le droit à la vie privée des membres possibles du jury. Toutefois, le respect de la vie privée n'est qu'un des droits à mettre en balance avec d'autres. La Cour a également mis en garde contre le fait de fixer un seuil donnant ouverture aux récusations motivées qui ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux. La question de savoir si la formulation prescrite par l'arrêt *Parks* vise davantage que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux a été soulevée. En définitive, les tribunaux doivent être libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément au libellé et à l'objet de l'al. 638(1)(b) du *Code criminel*, au droit à un tribunal équitable et impartial, et aux valeurs protégées par la *Charte*, y compris l'égalité réelle.

La Cour ne devrait pas utiliser la présente cause pour circonscrire l'usage que pourront faire les juges de ces procédures récemment modifiées. Il serait préférable que la Cour attende et constate comment les éléments interreliés du nouveau régime législatif agissent les uns par rapport aux autres en pratique avant d'imposer des limites à leur utilisation. Il est souhaitable d'adopter une approche prudente pour que le nouveau régime puisse évoluer de manière organique et comme prévu.

*Le* juge Rowe : Il y a accord pour dire que l'abolition des récusations péremptoires est valide sur le plan constitutionnel et que cette modification législative est purement procédurale et s'applique rétrospectivement. Il est toutefois nécessaire de traiter du risque que pose la constitutionnalisation de dispositions législatives par la jurisprudence. Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* confèrent le droit à l'accusé de bénéficier d'un procès équitable tenu devant un jury indépendant et impartial; ils ne garantissent toutefois

imaginable or mandate specific procedural mechanisms. Statutory provisions that give effect to ss. 11(d) and 11(f) are not themselves constitutionally protected and beyond repeal. Constitutionalizing specific statutory provisions by which Parliament gives effect to constitutional rights is misguided. It is not for the courts to substitute their policy preferences for those of the legislature; rather courts should limit themselves to deciding whether constitutional protections have been infringed. Adopting, amending or repealing jury selection procedures raises no constitutional issue unless thereby trials by jury fall short of the constitutional guarantee to a fair trial.

A structural analysis of the principles underlying the Constitution can inform and assist in the proper interpretation of constitutional provisions. In the present case, separation of powers and parliamentary sovereignty shed light on the issue of *Charter* compliance. Constitutionalizing statutory provisions is contrary to the separation of powers between the legislature and the judiciary. The legislative and judicial branches have distinct roles and institutional capacities and each should show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other. With respect to the *Charter*, the role of the courts is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess a legislature's policy decisions. Constitutionalizing statutory provisions elides and curtails the role of legislatures. Removing legislatures' ability to repeal or modify statutory provisions is inconsistent with the dialogic partnership between legislatures and courts. Courts should not overstep their role when assessing whether statutory regimes comply with the *Charter*.

The principle of parliamentary sovereignty means that Parliament has the right to make or unmake any law. This principle is qualified by our federal structure, the *Charter* and Aboriginal and treaty rights; however, subject to limits imposed by the Constitution, the legislature can legislate as it chooses. This encompasses the capacity to repeal legislation. Constitutionalizing statutory provisions undermines the democratic principle whereby citizens participate in making laws through public institutions accountable to the public through electoral processes. Preventing Parliament from repealing a statutory provision, and in effect incorporating its content into the *Charter*, would undermine

pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer ni n'imposent de mécanismes procéduraux spécifiques. Les dispositions législatives qui donnent effet aux al. 11d) et 11f) ne sont pas elles-mêmes protégées par la Constitution, de sorte qu'elles ne pourraient être abrogées. La constitutionnalisation de dispositions législatives spécifiques par lesquelles le Parlement donne effet à des droits constitutionnels est malavisée. Il n'appartient pas aux tribunaux de substituer leurs préférences quant aux décisions de politique à celles du législateur; ils doivent plutôt se limiter à décider s'il y a eu violation de droits protégés par la Constitution. Le fait d'adopter, de modifier ou d'abroger des procédures relatives à la sélection du jury ne soulève pas de question constitutionnelle, à moins que, ce faisant, les procès avec jury ne satisfassent plus au droit constitutionnel à un procès équitable.

Une analyse structurelle des principes sous-jacents de la Constitution peut renseigner et aider à interpréter comme il se doit les dispositions constitutionnelles. En l'espèce, les principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire jettent un éclairage sur la question du respect de la *Charte*. Constitutionnaliser des dispositions législatives contrevient à la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Les branches législative et judiciaire jouent des rôles distincts et ont des attributions institutionnelles qui leur sont propres et chacune devrait respecter de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre. En ce qui a trait à la *Charte*, le rôle des tribunaux est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe du législateur. La constitutionnalisation de dispositions législatives écarte et restreint le rôle du législateur. Éliminer la capacité des assemblées législatives d'abroger ou de modifier des dispositions législatives est incompatible avec le partenariat dialogique qui prévaut entre elles et les tribunaux. Ces derniers doivent s'abstenir d'outrepasser leur rôle lorsqu'ils examinent si les régimes législatifs satisfont aux exigences de la *Charte*.

Le principe de la souveraineté parlementaire veut dire que le Parlement a le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit. Ce principe est limité par notre structure fédérale, par la *Charte* et par les droits ancestraux ou issus de traités. Toutefois, sous réserve des limites prescrites par la Constitution, le législateur peut légiférer comme il le souhaite. Cela comprend le pouvoir d'abroger les lois. Le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives mine le principe de démocratie, selon lequel les citoyens participent à l'élaboration des lois par l'intermédiaire d'institutions publiques qui en assument la responsabilité publique par le truchement des processus électoraux. Empêcher le

Parliamentary sovereignty. The repeal or modification of statutory provisions can raise issues of *Charter* compliance if it gives rise to unconstitutional effects but nothing of that nature has been shown in this case.

*Per* Abella J. (dissenting in part): Both the appeal and the cross-appeal should be dismissed. The repeal of peremptory challenges is constitutionally compliant. Parliament has introduced a regime that addresses the goals of peremptory challenges and that empowers trial judges to protect the impartiality of the jury and counteract the reality of discrimination. However, the repeal of peremptory challenges was not a purely procedural change. It affected the substantive rights of accused persons and, absent transitional provisions, it should not have applied retrospectively to C's trial.

The right to be tried by a jury of one's peers is one of the cornerstones of our criminal justice system and is enshrined in ss. 11(d) and 11(f) the *Charter*. The purpose of the reforms to jury selection in Bill C-75 was to make room for a more diverse jury that will in turn promote confidence in the administration of justice. Parliament not only abolished peremptory challenges, but it gave trial judges the power to decide challenges for cause and created a new stand-aside power to direct trial judges to fulfill the role of ensuring jury impartiality and representativeness. In order to avoid bias and discrimination, the new jury selection system entrusts trial judges to vigorously exercise their authority in accordance with the *Charter* to ensure that Canadian juries are, and are perceived to be, impartial and representative.

The new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions. The new stand-aside power was intended to empower trial judges to ensure impartiality and to make room for a more diverse jury, in order to maintain public confidence in the administration of justice. It is based on an understanding of representativeness which looks to the actual composition of the jury, as opposed to the randomness of the selection process. It seeks to counteract systemic discrimination in jury selection. Trial judges can use these tools to actively promote jury diversity on a case by case basis. The goal is the selection of a representative cross-section of society, honestly and fairly

législateur d'abroger une disposition législative et, dans les faits, en incorporer le contenu dans la *Charte* auraient pour effet de miner la souveraineté parlementaire. L'abrogation et la modification de dispositions législatives peuvent soulever des questions relatives au respect de la *Charte* si elles donnent lieu à des effets inconstitutionnels, mais rien de cette nature n'a été démontré en l'espèce.

*La* juge Abella (dissidente en partie) : Tant l'appel que l'appel incident devraient être rejetés. L'abrogation des récusations péremptoires est constitutionnelle. Le Parlement a adopté un régime qui atteint les objectifs des récusations péremptoires et qui confère au juge de première instance le pouvoir de protéger l'impartialité du jury et de contrecarrer la réalité de la discrimination. Toutefois, l'abrogation des récusations péremptoires ne constituait pas une modification purement procédurale. Elle a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé et, sous réserve de l'existence de dispositions transitoires, elle n'aurait pas dû s'appliquer rétrospectivement dans le cadre du procès de C.

Le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs est l'une des pierres angulaires de notre système de justice pénale et il est consacré par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Les réformes apportées par le projet de loi C-75 au processus de sélection du jury visaient à obtenir un jury plus diversifié ce qui, en retour, allait augmenter la confiance envers l'administration de la justice. Le Parlement a non seulement aboli les récusations péremptoires, mais il a conféré au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et a créé un nouveau pouvoir de mise à l'écart pour lui confier le rôle de garantir l'impartialité et la représentativité du jury. Pour éviter les partis pris et la discrimination, le nouveau système de sélection du jury confie au juge du procès la tâche d'exercer vigoureusement son pouvoir, en conformité avec la *Charte*, pour garantir que les jurys canadiens sont impartiaux et représentatifs, et qu'ils sont perçus comme tels.

Le nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscients. Le nouveau pouvoir de mise à l'écart visait à conférer au juge du procès le pouvoir de garantir l'impartialité du jury et d'en obtenir un plus diversifié, de manière à maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Il est fondé sur une interprétation de la représentativité qui porte sur la composition réelle du jury, par opposition au caractère aléatoire qui prévaut dans le processus de sélection. Il vise à contrebalancer la discrimination systémique dans la sélection du jury. Le juge du procès peut recourir à ces outils pour promouvoir activement la diversité des

chosen. Actively promoting jury diversity is not reverse discrimination, it is reversing discrimination.

Abolishing peremptory challenges diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed by ss. 11(d) and (f) of the *Charter*. When legislation is enacted without transitional provisions, the law presumes that it only applies prospectively. While the jurisprudence carves out a narrow exception for purely procedural changes, the exception does not apply to new rules of procedure that affect or impinge on substantive rights. Procedural laws that have an impact on *Charter* rights have been considered to have substantive effects since constitutional rights are necessarily substantive. Since there is no doubt that an accused's fair trial rights are necessarily substantive, the legislation abolishing peremptory challenges affected substantive rights and could only have prospective effect.

For centuries, the common law included a right of the accused to exercise peremptory challenges and this right was codified in the *Criminal Code*. The Court has repeatedly asserted the importance of peremptory challenges in safeguarding the rights of accused persons in the jury system and enhancing their perception of trial fairness. While they did not guarantee any particular composition of the jury, peremptory challenges gave accused persons a meaningful opportunity to have their own subjective views about the impartiality of the jury respected.

It is not only an accused's confidence in trial fairness that is at stake, but the public's confidence that the jury is impartial. That impartiality is not possible without acknowledging the reality of discrimination in the public from which the jury is selected. Peremptory challenges were a tool to weed out this potential bias.

Systemic factors disproportionately exclude marginalized prospective jurors at every step of the selection process, resulting in a system in which Indigenous and racialized persons are overrepresented as accused persons and victims, and underrepresented as jurors. Peremptory

jurys au cas par cas. Le but est de sélectionner un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Promouvoir activement la diversité des jurys ne constitue pas de la discrimination à rebours, cela consiste à faire reculer la discrimination.

L'abolition des récusations péremptoires a restreint le droit de l'accusé de participer utilement à la sélection du jury et d'influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé de participer à la sélection d'un jury impartial et représentatif qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Lorsqu'une loi est adoptée sans qu'elle contienne de dispositions transitoires, le droit présume qu'elle s'applique uniquement prospectivement. Certes, la jurisprudence définit une exception étroite pour les modifications purement procédurales; cette exception ne s'applique toutefois pas aux nouvelles règles de procédure qui portent atteinte aux droits substantiels ou empiètent sur eux. Il a été jugé que les lois procédurales qui portent atteinte aux droits protégés par la *Charte* ont des effets substantiels, puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Puisqu'il ne fait aucun doute que le droit d'un accusé à un procès équitable est forcément de nature substantielle, la loi qui a aboli les récusations péremptoires a porté atteinte à des droits substantiels et ne pouvait s'appliquer que prospectivement.

Durant des siècles, la common law a compris le droit pour l'accusé de recourir à des récusations péremptoires et ce droit a été codifié dans le *Code criminel*. La Cour a affirmé dans un grand nombre de causes l'importance des récusations péremptoires pour sauvegarder les droits de l'accusé dans le système avec jurys et pour accroître sa perception de l'équité des procès. Même si elles ne garantissaient aucune composition particulière du jury, les récusations péremptoires assuraient que l'accusé disposait d'une occasion réelle de faire respecter ses propres opinions subjectives quant à l'impartialité du jury.

Ce n'est pas uniquement la confiance d'un accusé dans l'équité du procès qui est en jeu, mais celle du public que le jury est impartial. Il est impossible de parvenir à cette impartialité sans reconnaître la réalité de l'existence de discrimination dans le public parmi lequel les jurés sont sélectionnés. Les récusations péremptoires étaient un outil pour éliminer ce parti pris potentiel.

Des facteurs systémiques excluent disproportionnellement les candidats jurés marginalisés à chaque étape du processus de sélection, ce qui résulte en un système dans lequel les Autochtones et les personnes racisées sont surreprésentés parmi les accusés et les victimes et

challenges were an important trial safeguard to try to secure representativeness from what can be unrepresentative random selections. Representativeness is an important guarantor of impartiality. It matters not because a juror's personal characteristics are indicative of how he or she will decide the case, but because if the right to be tried by a jury of one's peers means anything, it means that members of a jury must be, and be seen to be, open-minded, regardless of their own or the accused's race, religion, sex, gender identity, sexual orientation, political affiliations, age or economic status. Peremptory challenges enabled accused persons to attempt to secure representativeness, safeguarding their substantive right to meaningfully participate in the selection of an impartial and representative jury. Abolishing them, therefore, affected substantive rights.

The trial judge's error in denying C the right to use peremptory challenges cannot be cured by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*. The proviso only applies if the accused suffered no prejudice. C's case was not so overwhelming that any trier of fact would inevitably convict. Nor was the error minor or harmless. C was denied the ability to peremptorily challenge the people he felt would not judge him fairly. To him, this meant that he did not have an impartial jury. This is a prejudicial impact without a cure.

*Per* Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed. The amendments abolishing peremptory challenges infringe s. 11(f) of the *Charter* and they are not a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. Section 269 of the amending Act should be declared of no force or effect to the extent that it abolishes peremptory challenges. Further, there is agreement with *Abella J.* that the abolition of peremptory challenges clearly affects substantive rights and can apply only prospectively. C should receive a new trial including jury selection with peremptory challenges.

Parliament failed to understand why peremptory challenges have accompanied jury trials for over 700 years. It ignored the voices of racialized and other marginalized

sous-représentés parmi les jurés. Les récusations péremptoires constituaient une mesure de protection importante durant les procès pour tenter d'obtenir une représentativité à partir de choix aléatoires qui pouvaient ne pas être représentatifs. La représentativité est un gage important d'impartialité. Cela importe, non pas parce que les caractéristiques personnelles d'un candidat juré indiquent comment il ou elle décidera la cause, mais parce que si le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs doit avoir un sens, cela signifie que les membres d'un jury doivent être, et avoir l'apparence d'être, ouverts d'esprit, sans égard à leur propre race, religion, sexe, identité de genre, orientation sexuelle, affiliations politiques, âge ou statut économique, et sans égard à ces caractéristiques chez l'accusé. Les récusations péremptoires permettaient à l'accusé de tenter d'obtenir un jury représentatif, en sauvegardant son droit substantiel de participer réellement à la sélection d'un jury impartial et représentatif. Leur abolition a donc porté atteinte à des droits substantiels.

L'erreur du juge du procès de refuser à C le droit de recourir à des récusations péremptoires ne peut être réparée par la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*. Cette disposition ne s'applique que si l'accusé n'a pas subi de préjudice. La cause contre C n'était pas à ce point accablante qu'un juge des faits le déclarerait nécessairement coupable. L'erreur commise n'était par ailleurs ni mineure ni inoffensive. C s'est vu refuser le droit de récuser péremptoirement des individus qui, selon lui, ne le jugeraient pas équitablement. Pour lui, cela a voulu dire qu'il n'a pas été jugé par un jury impartial. Il s'agit d'une atteinte préjudiciable qui ne peut être réparée.

*La* juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté et le pourvoi incident devrait être accueilli. Les modifications abolissant les récusations péremptoires contreviennent à l'al. 11f) de la *Charte* et elles ne constituent pas une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article 269 de la Loi modificatrice devrait être déclaré invalide dans la mesure où il abolit les récusations péremptoires. De plus, il y a accord avec la juge *Abella* que l'abolition des récusations péremptoires porte de toute évidence atteinte à des droits substantiels et ne peut s'appliquer que prospectivement. C devrait subir un nouveau procès, incluant un nouveau processus de sélection des jurés accompagné de récusations péremptoires.

Le Parlement n'a pas compris pourquoi les récusations péremptoires ont accompagné les procès avec jury depuis plus de 700 ans. Il a ignoré les voix des personnes

persons calling out for a chance to maintain the benefit of trial by jury. Peremptory challenges permit accused persons to strike at hidden, subtle and unconscious biases that are undoubtedly present in the jury array and that go unaddressed by challenges for cause. Parliament saw peremptory challenges as an arbitrary tool used to perpetuate systemic racism and discrimination. The reality is, as defence advocates representing a wide spectrum of organizations implored the Court to understand, peremptory challenges are far from arbitrary. For accused persons who are racialized or otherwise marginalized, they are a lifeline to combat unconscious biases and discrimination. They give the accused a sense of ownership in the trial and they teach the litigant and the community that the jury is a good and proper mode for deciding matters.

In order for s. 11(f) of the *Charter* to be meaningful, there must be some set of core irreducible attributes that a tribunal must possess for it to be considered a jury. A jury must possess all of the characteristics necessary to provide the accused with the benefit that the framers of the *Charter* sought to protect. The purpose of s. 11(f) is to guarantee an underlying benefit that comes from jury trials. The benefit of trial by jury is formed by four elements, which are the four advantages of jury trials in comparison to judge-alone trials. First, the jury is an excellent fact finder because of the cumulative abilities of its members and the diversity of their experiences. Second, a jury represents the conscience of the community: it is best placed to determine whether applying the law would be inequitable or would accord with society's values. Third, the jury is a bulwark of individual liberty, protecting against oppressive laws or oppressive enforcement of the law. Fourth, the jury serves the broader social interests of public education and legitimization of the justice system. In order for an accused to receive the benefit of trial by jury, the jury must have certain characteristics. A jury must be the ultimate arbiter of guilt, and it must be impartial, representative and competent. The ability of the accused to meaningfully participate in selecting their triers may be another core, irreducible attribute of a jury trial.

Peremptory challenges play a unique role in a jury trial. They enable an accused person to meaningfully participate

racisées et d'autres personnes marginalisées qui réclamaient l'opportunité de maintenir le bénéfice d'un procès avec jury. Les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées de s'attaquer à des biais cachés, subtils et inconscients qui sont indubitablement présents dans le tableau des jurés et auxquels les récusations motivées ne peuvent pas remédier. Le Parlement a estimé que les récusations péremptoires étaient un outil arbitraire utilisé afin de perpétuer le racisme systémique et la discrimination. En réalité, comme des militants des droits de la défense représentant une vaste gamme d'organisations ont prié la Cour de le comprendre, les récusations péremptoires sont loin d'être arbitraires. Pour les accusés qui sont racisés ou autrement marginalisés, elles sont la bouée de sauvetage leur permettant de lutter contre les biais inconscients et la discrimination. Elles procurent à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès et elles enseignent au plaideur et à la collectivité que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions.

Pour que l'al. 11f) de la *Charte* ait un véritable sens, un tribunal doit posséder un ensemble d'attributs irréductibles pour qu'il soit considéré comme un jury. Un jury doit posséder toutes les caractéristiques nécessaires permettant d'offrir à l'accusé le bénéfice que les rédacteurs de la *Charte* désiraient protéger. L'objet de l'al. 11f) est de garantir un bénéfice sous-jacent qui découle des procès avec jury. Le bénéfice d'un procès avec jury est constitué de quatre éléments, qui sont les quatre avantages des procès avec jury comparativement aux procès avec un juge siégeant seul. Premièrement, le jury s'avère un excellent juge des faits en raison des aptitudes cumulatives de ses membres et de la diversité de leurs expériences. Deuxièmement, le jury représente la conscience de la collectivité : il est le mieux à même de déterminer si l'application de la loi à un ensemble particulier de faits serait injuste ou correspondrait aux valeurs de la société. Troisièmement, le jury est un rempart des libertés individuelles protégeant les individus contre les lois oppressives ou leur application oppressive. Quatrièmement, le jury sert des intérêts sociétaux plus larges tels que l'éducation du public et la légitimation du système de justice. Pour qu'un accusé bénéficie d'un procès avec jury, ce dernier doit posséder certaines caractéristiques. Le jury seul doit statuer sur la culpabilité et il doit être impartial, représentatif et compétent. La capacité de l'accusé à participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront pourrait être une autre de ces caractéristiques irréductibles qui sont indispensables à un procès avec jury.

Les récusations péremptoires jouent un rôle unique dans un procès avec jury. Elles permettent à l'accusé de



in selecting their triers, something that is absent in a trial by judge alone. This process of a participating in jury selection gives the accused a sense of ownership in the trial. Peremptory challenges also confer a substantial benefit in the subjective minds of accused persons: by removing jurors that cause them fear or discomfort, an accused will be more likely to feel that they are being tried by jurors whom they consider peers, which increases their confidence that the trial and the verdict are fair. This increased confidence in the fairness of the trial is especially important to offset the absence of reasons in a jury trial.

Peremptory challenges are also critical to the empanelling of impartial, representative and competent juries. First, peremptory challenges facilitate the selection of an impartial jury. Accused persons exercise them to remove potential jurors who are biased against them. Randomness in the jury selection process has traditionally been thought to guard against partiality, but in recent years, the administration of justice has faced up to the fact that racial prejudice and discrimination are intractable features of our society and must be squarely addressed in the selection of jurors. Challenges for cause, which were established to work alongside peremptory challenges, rely upon overt manifestations of bias and are not likely to identify unconscious preconceptions and beliefs, racial or otherwise. Such deeply buried beliefs also are resistant to judicial instructions. Peremptory challenges enable an accused to apply their own life experiences to determine whether potential jurors exhibit signs of prejudice against them. Racialized or marginalized persons cannot rely on a judge to excuse or stand aside a potential juror because they may struggle to articulate why they perceive bias. Therefore, peremptory challenges are essential to have an impartial jury and their abolition negatively affects racialized and other marginalized persons. Challenges for cause, anti-bias instructions, and stand asides cannot fill the void.

Second, the jury must be a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen, in order to serve as the conscience of the community and to promote public trust in the justice system. Processes established to deliver

participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront, un processus absent d'un procès mené par un juge siégeant seul. Ce processus de participation à la sélection des jurés donne à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès. Les récusations péremptoires confèrent également un avantage substantiel dans l'esprit des accusés : lorsqu'il exclut des jurés qui le mettent mal à l'aise ou dont il a peur, l'accusé aura fort probablement le sentiment qu'il est jugé par des jurés qu'il considère comme ses pairs, ce qui accroît sa confiance dans l'équité du procès et du verdict. Cette confiance accrue dans l'équité du procès est particulièrement importante pour compenser l'absence de motifs dans un procès avec jury.

Les récusations péremptoires sont aussi essentielles à la constitution de jurys impartiaux, représentatifs et compétents. Premièrement, les récusations péremptoires facilitent la sélection d'un jury impartial. Les personnes accusées exercent leur droit de récusation péremptoire afin d'exclure des candidats jurés qui sont biaisés contre elles. Le caractère aléatoire du processus de sélection des jurés a traditionnellement été envisagé comme un rempart contre la partialité, cependant, au cours des dernières années, l'administration de la justice a dû se rendre à l'évidence : préjugés raciaux et discrimination sont tenaces dans notre société et il faut s'y attaquer directement lors de la sélection des jurés. Les récusations motivées qui ont été établies pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires sont fondées sur des manifestations évidentes de préjugés qui ne peuvent probablement être décelés, des idées préconçues et des croyances raciales ou autres. De telles croyances profondément enracinées dans la psyché humaine sont aussi réfractaires aux directives judiciaires. Les récusations péremptoires permettent à l'accusé d'appliquer son expérience personnelle afin de déterminer si le candidat juré démontre des signes de préjugés à son encontre. Les personnes racisées ou marginalisées ne peuvent compter sur un juge pour dispenser ou mettre à l'écart un candidat juré parce qu'elles peuvent avoir du mal à formuler les motifs pour lesquels elles ont le sentiment que le candidat juré a un biais. En conséquence, les récusations péremptoires sont essentielles pour constituer un jury impartial et leur abolition a une incidence néfaste sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées. Les récusations motivées, les directives de mise en garde contre les biais et les mises à l'écart ne peuvent combler le vide.

Deuxièmement, le jury doit être un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement pour pouvoir agir à titre de conscience de la collectivité et promouvoir la confiance du public envers le

a representative jury do not guarantee that a jury roll's composition will be proportionate to the general population. In practice, jury rolls are under-representative of racialized and other marginalized persons. In-court selection processes can enhance representativeness, especially where an array does not truly represent the diversity of the area. The abolition of peremptory challenges removes a tool often used by racialized and other marginalized persons to improve the representativeness of juries.

Third, peremptory challenges are critical to ensuring that a jury is competent. Competence in relation to understanding the evidence means willingness and capacity to understand it. A juror whose life experience has not embraced the area of the dispute is likely to have a blind spot of which he is quite unconscious and which may prevent him from getting the point of testimony or argument. The benefit of trial by jury is partly a product of the jury applying common sense, and common sense itself is the product of personal experience. Only accused persons know what experiences may be necessary to fully appreciate their evidence. Peremptory challenges are the only tool available to accused persons to address issues of competence. As it stands, the amended s. 633 of the *Criminal Code* is not an adequate replacement for peremptory challenges. Section 633 cannot be used to promote or enhance the diversity of the petit jury.

The abolition of peremptory challenges is not a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The impugned provision of the amending Act is clearly prescribed by law. Reducing discrimination and increasing diversity on juries represents a pressing and substantial objective. However, the means chosen is not rationally connected to this objective. Removing peremptory challenges altogether has the effect of furthering discrimination against racialized and other marginalized persons, and potentially reducing jury diversity. The abolition of peremptory challenges also is not minimally impairing of the right to the benefit of trial by jury. Parliament could have empowered judges to regulate the use of peremptory challenges, altered juror qualifications or grounds of challenge for cause, or modified the challenge for cause process to create a meaningful system for identifying biased jurors. Given

un système de justice. Les processus établis visant à obtenir un jury représentatif ne garantissent pas que la liste de jurés aura une composition précise qui représente proportionnellement la population en général. En pratique, les personnes racisées et les autres personnes marginalisées sont sous-représentées sur les listes de jurés. La procédure de sélection pendant l'instance peut accroître la représentativité, en particulier lorsque la liste aléatoire des jurés ne permet pas d'obtenir un tableau des jurés représentant véritablement la diversité de la région. L'abolition des récusations péremptoires retire un outil souvent utilisé par les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées afin d'améliorer la représentativité des jurys.

Troisièmement, les récusations péremptoires sont cruciales pour faire en sorte que le jury soit compétent. La compétence nécessaire à la compréhension de la preuve signifie avoir la volonté et l'aptitude de la comprendre. Un juré dont l'expérience personnelle n'inclut pas le domaine sur lequel porte le litige aura probablement un angle mort dont il n'est véritablement pas conscient et qui peut l'empêcher de comprendre l'élément essentiel d'un témoignage ou d'un argument. Le bénéfice d'un procès avec jury découle en partie d'un jury qui fait preuve de bon sens et le bon sens lui-même découle de l'expérience personnelle. Seules les personnes accusées savent quelles expériences peuvent être nécessaires pour véritablement apprécier leur preuve. Les récusations péremptoires sont le seul outil dont disposent les personnes accusées pour répondre aux préoccupations liées à la compétence. En l'état actuel, la version modifiée de l'art. 633 du *Code criminel* ne remplace pas adéquatement les récusations péremptoires. L'article 633 ne peut être utilisé pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury.

L'abolition des récusations péremptoires n'est pas une limite raisonnable imposée par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La disposition contestée de la Loi modificatrice est manifestement imposée par une règle de droit. Réduire la discrimination et accroître la diversité des jurys constituent un objectif urgent et réel. Toutefois, le moyen choisi n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. La suppression pure et simple des récusations péremptoires a pour effet de perpétuer la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées et possiblement de diminuer la diversité des jurys. L'abolition des récusations péremptoires ne constitue également pas une atteinte minimale au droit de bénéficier d'un procès avec jury. Le Parlement aurait pu conférer aux juges le pouvoir d'encadrer le recours aux récusations péremptoires, modifier les critères de qualification établis

that peremptory challenges provide a great benefit to many accused persons and that their elimination perpetuates discrimination against racialized and other marginalized people, the deleterious effects outweigh the salutary effects of the legislation.

Alternatively, the amendments can apply only prospectively. Peremptory challenges are substantive. Their abolition is not beneficial for all: it is entirely detrimental to the accused, and its immediate application creates unfairness for those who have relied upon the existence of such challenges to make decisions. It changes the legal character or consequences of an accused's prior actions, such as electing to be tried by jury or seeking an adjournment of an earlier trial. Therefore, the abolition of peremptory challenges is an amendment affecting a substantive right. The abolition of peremptory challenges also affects other substantive rights. It affects ss. 11(d) and 11(f) by diminishing the accused's ability to meaningfully participate in jury selection. It affects the right to a fair trial by an impartial tribunal. Since peremptory challenges are themselves substantive and also affect other substantive rights, the amending provisions should not have applied to C's trial. This is not a case where it would be appropriate to apply the curative proviso. The error was not harmless or minor. C would likely have been tried by a differently composed jury and the case against him was not so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain.

### Cases Cited

By Moldaver and Brown JJ.

**Applied:** *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; **considered:** *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; **referred to:** *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421; *R. v. O'Coigly*, [1798] 26 Howell's State Trials 1191; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Gayle*

pour être juré ou encore les motifs de récusation motivée, ou modifier le processus de récusations motivées pour créer un système significatif permettant de repérer les jurés biaisés. Étant donné que les récusations péremptoires offrent un grand avantage à de nombreuses personnes accusées et que leur élimination perpétue la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées, les effets néfastes de la loi l'emportent sur ses effets bénéfiques.

Par ailleurs, les modifications ne peuvent s'appliquer que prospectivement. Les récusations péremptoires sont de nature substantielle. Leur abolition n'est pas avantageuse pour tous : elle est entièrement préjudiciable à l'accusé et son application immédiate crée une injustice pour ceux qui se sont fondés sur l'existence de telles récusations pour prendre certaines décisions. Elle change la nature juridique ou les conséquences de certaines décisions prises antérieurement par l'accusé, comme le choix d'être jugé par un jury ou de demander le report d'un procès dont la date de début était déjà fixée. Par conséquent, l'abolition des récusations péremptoires est une modification qui porte atteinte à un droit substantiel. L'abolition des récusations péremptoires porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels. Elle porte atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) en réduisant la possibilité pour l'accusé de véritablement participer à la sélection des jurés. Elle porte atteinte au droit à un procès équitable devant un tribunal impartial. Puisque les récusations péremptoires sont en soi substantielles et que leur abolition porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels, les dispositions modificatrices n'auraient pas dû être appliquées au procès de C. Il ne s'agit pas ici d'une affaire où il serait opportun d'appliquer la disposition réparatrice. L'erreur n'était ni sans préjudice ni anodine. C aurait probablement été jugé par un jury différemment constitué et la preuve produite contre lui n'était pas à ce point accablante, de sorte que tout autre verdict aurait été impossible à obtenir.

### Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Brown

**Arrêts appliqués :** *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; **arrêts examinés :** *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; **arrêts mentionnés :** *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421; *R. c. O'Coigly*, [1798] 26 Howell's State Trials 1191; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d)

(2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. v. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *R. v. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. v. Josipovic*, 2020 ONSC 630; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *R. v. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. v. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. v. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. v. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. v. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. v. Daniel*, 2019 ONSC 6920; *R. v. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. v. Stewart*, 2019 MBQB 171; *R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. v. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. v. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. v. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. v. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. v. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. v. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. v. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Nazarek*, 2019 BCSC 1798; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Sutt v. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169; *Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94.

By Martin J.

**Referred to:** *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Brown* (2006), 219

783; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. c. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *R. c. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. c. Josipovic*, 2020 ONSC 630; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *R. c. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. c. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. c. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. c. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. c. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. c. Daniel*, 2019 ONSC 6920; *R. c. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. c. Stewart*, 2019 MBQB 171; *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. c. LeBlanc*, 2019 NBBR 241; *R. c. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. c. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. c. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. c. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. c. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. c. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Nazarek*, 2019 BCSC 1798; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Sutt c. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169; *Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94.

Citée par la juge Martin

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Brown*

O.A.C. 26; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863.

By Rowe J.

**Referred to:** *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015

(2006), 219 O.A.C. 26; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge Rowe

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Hunter. c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs immobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*,

SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Ferrel v. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97.

By Abella J. (dissenting in part)

*R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *R. v. R.S.*, 2019 ONCA 906; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 S.C.R. 101.

By Côté J. (dissenting)

*Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Mansell v. The Queen* (1857), 8 E.L. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *Morin v. The Queen*, (1890) 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508; *Gray v. Reg.* (1844), 11 Cl. & Fin. 427, 8 E.R. 1164; *R. v. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Stillman*,

[1989] 2 R.C.S. 49; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Ferrel c. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

*R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *Banque royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *R. c. R.S.*, 2019 ONCA 906; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Mansell c. The Queen* (1857), 8 E.L. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *Morin c. The Queen*, (1890) 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508; *Gray c. Reg.* (1844), 11 Cl. & Fin. 427, 8 E.R. 1164; *R. c. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S.

2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618; *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *R. v. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318; *Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; *L'Office Cherifien des Phosphates and Another Respondents v. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, *R. v. Arradi*, 2003 SCC 23, [2003] 1 S.C.R. 280.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for regulating the Tryals in Cases of Treason and Misprison of Treason*, 1696 (Eng.), 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7.

*Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2019, c. 25, s. 269.

Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), (f).

1384; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618; *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *R. c. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318; *Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; *L'Office Cherifien des Phosphates and Another Respondents c. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.C.R. (2d) 49; *R. c. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Arradi*, 2003 CSC 23, [2003] 1 R.C.S. 280.

### Lois et règlements cités

*Acte de Québec* (G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2].

*Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprison of Treason*, 1696 (Eng.), 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d), f).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 631(1), (2), 632, 633, 634 [abr. 2019, c. 25, art. 269], 638, 640(1), (2), 686(1)b)(iii), (iv).

*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 668 (1), (2), (3), (4), (9).

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43(c).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(10)(c), 631(1), (2), 632, 633, 634 [rep. 2019, c. 25, s. 269], 638, 640(1), (2), 686(1)(b)(iv).  
*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 668 (1), (2), (3), (4), (9).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c-I-21, s. 43(c).  
*Quebec Act, 1774* (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 2].

#### Authors Cited

Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed. New York: Oxford University Press, 2019.  
 Baker, John. *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1588. New York: Oxford University Press, 2003.  
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 16th ed. London: A. Strahan, 1825.  
 Breger, Melissa L. “Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial” (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039.  
 Brown, R. Blake. “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century” (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated May 2020, release 3).  
 Brun, Henry, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.  
 Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings of certain Societies in London relative to that event*. London: Seeley, Jackson and Halliday, 1790 (1872 reprint).  
 Canada. Department of Justice. *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, March 2018 (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/charter-charte/c75.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_1_eng.pdf)).  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, p. 19605.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, p. 24108.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 103, 1st Sess., 42nd Parl., June 19, 2018, pp. 1615 and 1700.

*Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25, art. 269.  
 Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019.

#### Doctrine et autres documents cités

Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed., New York, Oxford University Press, 2019.  
 Baker, John. *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1588, New York, Oxford University Press, 2003.  
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 16th ed., London, A. Strahan, 1825.  
 Breger, Melissa L. « Making the Invisible Visible : Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial » (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039.  
 Brown, R. Blake. « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated May 2020, release 3).  
 Brun, Henry, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.  
 Burke, Edmund. *Réflexions sur la révolution de France*, trad. P. Andler, Paris, Hachette, 1989.  
 Canada. Bibliothèque du Parlement. Service de ressources d'information et de documentation. *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, publication n° 42-1-C75-F, par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et sociales, 7 mai 2018, révisé le 25 juillet 2019.  
 Canada. Bureau du Conseil privé. *Lois et règlements : l'essentiel*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2001.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19605.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 28 novembre 2018, p. 24108.



- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-75: An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts, and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 42-1-C75-E, by Laura Barnett et al., Legal and Social Affairs Division, May 7, 2018, revised July 25, 2019.
- Canada. Privy Council Office. *Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed. Ottawa: Department of Justice Canada, 2001.
- Coke, Edward. *Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*. London: Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coke, Edward. *Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Davison, Charles B. “The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories” (2020), 50 *Northern Review* 195.
- Du Parcq, Herbert. *Aspects of the Law: Being the Presidential Address of the Rt. Hon. Lord Du Parcq, President of the Holdsworth Club of the Students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1947-48*. Birmingham: Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1948.
- Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 4th ed. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).
- Fuller, Lon L. “The Forms and Limits of Adjudication” (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353.
- Gobert, James J. “The Peremptory Challenge — an Obituary” (1989), *Crim. L. Rev.* 528.
- Harding, Mark S., and Rainer Knopff. “Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141.
- Heinz, Judith. “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201.
- Henry, Miriam, and Frances Henry. “A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective” (1996), 38 *Crim L.Q.* 333.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 103, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 19 juin 2018, p. 1615 et 1700.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 27, *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.
- Canada. Ministère de la Justice. *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, mars 2018 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c75.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26\\_1\\_fr.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_1_fr.pdf))
- Coke, Edward. *Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, London, Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coke, Edward. *Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*, London, Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- Davison, Charles B. « The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories » (2020), 50 *Northern Review* 195.
- Du Parcq, Herbert. *Aspects of the Law: Being the Presidential Address of the Rt. Hon. Lord Du Parcq, President of the Holdsworth Club of the Students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1947-48*, Birmingham, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1948.
- Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 4th ed., Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).
- Fuller, Lon L. « The Forms and Limits of Adjudication » (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353.
- Gobert, James J. « The Peremptory Challenge — an Obituary » (1989), *Crim. L. Rev.* 528.
- Harding, Mark S., and Rainer Knopff. « Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’ » (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141.
- Heinz, Judith. « Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int.l & Comp. L.J.* 201.
- Henry, Miriam, and Frances Henry. « A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective » (1996), 38 *Crim L.Q.* 333.

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- 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.
- Israel, Mark. “The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels” (2003), 25 *Law & Pol’y* 37.
- Kettles, Brent. “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462.
- Langbein, John H. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law” (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials*, LRC 63. British Columbia, 1983.
- Lawrence, Charles R. III. “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism” (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317.
- Lederman, W. R. “Charter Influences on Future Constitutional Reform”, in David E. Smith, Peter MacKinnon and John C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the future*, Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991, 115.
- Lederman, W. R. “Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.
- MacDonnell, Vanessa. “The Right to a Representative Jury: Beyond Kokopenace” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334.
- Maintland, F.W. *The Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press, 1908.
- 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, 1991.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*. Winnipeg, 1991.
- Marouf, Fatma E. “Implicit Bias and Immigration Courts” (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417.
- Melilli, Kenneth J. “Batson in Practice: What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges” (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447.
- Mewett, Alan W. “The Jury Stand-By” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp. Scarborough, Ont., Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- 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.
- Israel, Mark. « The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels » (2003), 25 *Law & Pol’y* 37.
- Kettles, Brent. « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462.
- Langbein, John H. « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York, Oxford University Press, 2005.
- Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials*, LRC 63, British Columbia, 1983.
- Lawrence, Charles R. III. « The Id, the Ego, and Equal Protection : Reckoning with Unconscious Racism » (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317.
- Lederman, W. R. « Charter Influences on Future Constitutional Reform », in David E. Smith, Peter MacKinnon and John C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the future*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1991, 115.
- Lederman, W. R. « Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.
- MacDonnell, Vanessa. « The Right to a Representative Jury : Beyond Kokopenace » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334.
- Maintland, F.W. *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908.
- 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, 1991.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*, Winnipeg, 1991.
- Marouf, Fatma E. « Implicit Bias and Immigration Courts » (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417.
- Melilli, Kenneth J. « Batson in Practice : What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges » (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447.

- Minow, Martha. “Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*. Halifax, 1989.
- Page, Anthony. “Batson’s Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge” (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155.
- Petersen, Cynthia. “Institutionalized Racism: The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process” (1993), 38 *McGill L.J.* 147.
- Profatt, John. *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact*. Cambridge: The Riverside Press, 1877.
- Ramirez, Deborah. “Affirmative Jury Selection: A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity” (1998), *U. Chicago Legal F.* 161.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Roach, Kent. *Canadian Justice, Indigenous Justice: The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill Queen’s University Press, 2019.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto: Thomson Reuters (updated October, 2019, release 34).
- Roach, Kent. “Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 315.
- Roach, Kent. “The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271.
- Roberts, Anna. “(Re)forming the Jury: Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias” (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827.
- Roccamo, Giovanna Toscano. *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, June, 2018 (online: <https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Study%20Leave%20Report%202018%20June.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26\\_2\\_en.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_2_en.pdf)).
- Rowe, Malcolm, and Nicolas Déplanche. “Canada’s Unwritten Constitutional Order: Conventions and Structural Analysis” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 431.
- Ruparelia, Rakhi. “Erring on the Side of Ignorance: Challenges for Cause Twenty Years after *Parks*” (2013), 92 *Can. Bar Rev.* 267.
- Schuller, Regina, and Neil Vidmar. “The Canadian Criminal Jury” (2011), 86 *Chi-Kent L. Rev.* 497.
- Mewett, Alan W. « The Jury Stand-By » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Minow, Martha. « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations*, Halifax, 1989.
- Page, Anthony. « Batson’s Blind-Spot : Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge » (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155.
- Petersen, Cynthia. « Institutionalized Racism : The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process » (1993), 38 *R.D. McGill* 147.
- Profatt, John. *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact*, Cambridge, The Riverside Press, 1877.
- Ramirez, Deborah. « Affirmative Jury Selection : A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity » (1998), *U. Chicago Legal F.* 161.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2017.
- Roach, Kent. *Canadian Justice, Indigenous Justice : The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill Queen’s University Press, 2019.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters (updated October, 2019, release 34).
- Roach, Kent. « Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 315.
- Roach, Kent. « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271.
- Roberts, Anna. « (Re)forming the Jury : Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias » (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827.
- Roccamo, Giovanna Toscano. *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, juin 2018 (en ligne : <https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Study%20Leave%20Report%202018%20June.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26\\_2\\_en.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_2_en.pdf)).
- Rowe, Malcolm, and Nicolas Déplanche. « Canada’s Unwritten Constitutional Order : Conventions and Structural Analysis » (2020), 98 *R. du B. can.* 431.
- Ruparelia, Rakhi. « Erring on the Side of Ignorance : Challenges for Cause Twenty Years after *Parks* » (2013), 92 *R. du B. can.* 267.

- Schuller, Regina A., et al. “Challenge for Cause: Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom” (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407.
- Su, Anona. “A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury” (2020), 31 *Hastings Women’s L.J.* 79.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Tanovich, David M. “The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655.
- Taylor-Thompson, Kim. “Empty Votes in Jury Deliberations” (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261.
- Thompson, Mikah K. “Bias on Trial: Toward an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom” (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243.
- Van Dyke, Jon M. *Jury Selection Procedures: Our Uncertain Commitment to Representative Panels*. Cambridge: Ballinger, 1977.
- Webber, Grégoire, et al. *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*. New York: Cambridge University Press, 2018.
- Weddell, Hilary. “A Jury of Whose Peers?: Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures” (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453.
- Schuller, Regina, and Neil Vidmar. « The Canadian Criminal Jury », (2011) 86 *Chicago Kent L. Rev.* 497.
- Schuller, Regina A., et al. « Challenge for Cause : Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom » (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407.
- Su, Anona. « A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury » (2020), 31 *Hastings Women’s L.J.* 79.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Tanovich, David M. « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655.
- Taylor-Thompson, Kim. « Empty Votes in Jury Deliberations » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261.
- Thompson, Mikah K. « Bias on Trial : Toward an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom » (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243.
- Van Dyke, Jon M. *Jury Selection Procedures : Our Uncertain Commitment to Representative Panels*, Cambridge, Ballinger, 1977.
- Webber, Grégoire, et al. *Legislated Rights : Securing Human Rights through Legislation*, New York, Cambridge University Press, 2018.
- Weddell, Hilary. « A Jury of Whose Peers? : Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures » (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Tulloch J.J.A.), 2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365, 60 C.R. (7th) 1, 384 C.C.C. (3d) 215, [2020] O.J. No. 241 (QL), 2020 CarswellOnt 543 (WL Can.), setting aside the conviction for first degree murder entered by McMahon J., 2019 ONSC 5512, 443 C.R.R. (2d) 326, 148 O.R. (3d) 53, 380 C.C.C. (3d) 390, 57 C.R. (7th) 62, [2019] O.J. No. 4797 (QL), 2019 CarswellOnt 14975 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Abella J. dissenting in part and Côté J. dissenting.

*Andreea Baiasu and Michael Perlin*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Dirk Derstine and Tania Bariteau*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Watt et Tulloch), 2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365, 60 C.R. (7th) 1, 384 C.C.C. (3d) 215, [2020] O.J. No. 241 (QL), 2020 CarswellOnt 543 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré inscrite par le juge McMahon, 2019 ONSC 5512, 443 C.R.R. (2d) 326, 148 O.R. (3d) 53, 380 C.C.C. (3d) 390, 57 C.R. (7th) 62, [2019] O.J. No. 4797 (QL), 2019 CarswellOnt 14975 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge Abella est dissidente en partie et la juge Côté est dissidente.

*Andreea Baiasu et Michael Perlin*, pour l’appelante/intimée à l’appel incident.

*Dirk Derstine et Tania Bariteau*, pour l’intimé/appelant à l’appel incident.

*Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Lara Vizsolyi*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Andrew Barg*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Caitlyn E. Kasper*, for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.

*Jean-Guillaume Blanchette*, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Kent Roach*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Peter Thorning*, for the intervener the Canadian Association of Black Lawyers.

*Nader Hasan*, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers.

*Janani Shanmuganathan*, for the intervener the South Asian Bar Association of Toronto.

*Jill R. Presser*, for the intervener the Advocates' Society.

*Michael A. Johnston*, for the intervener the Defence Counsel Association of Ottawa.

*Nathan Gorham*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christopher R. Murphy*, for the intervener Debbie Baptiste.

*Joshua Sealy-Harrington*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Lara Vizsolyi*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Andrew Barg*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Caitlyn E. Kasper*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services Inc.

*Jean-Guillaume Blanchette*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Kent Roach*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Peter Thorning*, pour l'intervenante Canadian Association of Black Lawyers.

*Nader Hasan*, pour les intervenantes l'Association canadienne des avocats musulmans et Federation of Asian Canadian Lawyers.

*Janani Shanmuganathan*, pour l'intervenante South Asian Bar Association of Toronto.

*Jill R. Presser*, pour l'intervenante la Société des plaideurs.

*Michael A. Johnston*, pour l'intervenante Defence Counsel Association of Ottawa.

*Nathan Gorham*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christopher R. Murphy*, pour l'intervenante Debbie Baptiste.

*Joshua Sealy-Harrington*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

The reasons for judgment of Wagner C.J. and Moldaver and Brown JJ. were delivered by

[1] MOLDAVER AND BROWN JJ. — Jury selection in Pardeep Singh Chouhan’s trial for first degree murder was scheduled to begin on September 19, 2019. That day, amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, came into force which abolished peremptory challenges, depriving Mr. Chouhan of the right to remove a limited number of prospective jurors from the jury without providing a reason for doing so. This appeal focuses on the constitutionality and temporal scope of these amendments.

[2] Although peremptory challenges were a long-standing example of what Blackstone described as the “tenderness and humanity to prisoners, for which our English laws are justly famous”, they have drawn significant controversy in recent decades (*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at p. 353). While peremptory challenges permitted the Crown and the accused to exclude prospective jurors for suspected bias, they also had a darker side — a side which allowed for the arbitrary exclusion of jurors, as well as discriminatory practices born of prejudice and stereotypes, deployed by one side or the other to secure *not* an *impartial* jury, but a *favourable* jury. This quiet discrimination had palpable and well-documented effects on the composition of juries.

[3] Before his trial began, Mr. Chouhan challenged the constitutionality of the *Criminal Code* amendments abolishing peremptory challenges on the basis that they infringed his right to an independent and impartial jury trial under ss. 7, 11(d), and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the alternative, he argued that those amendments, which lack any transitional provisions, operated only prospectively and therefore did not apply to his trial.

Version française des motifs de jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver et Brown rendus par

[1] LES JUGES MOLDAVER ET BROWN — La sélection du jury dans le procès de M. Pardeep Singh Chouhan pour meurtre au premier degré devait s’ouvrir le 19 septembre 2019. Ce jour-là, entraient en vigueur des modifications au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui abolissaient les récusations péremptoires, ce qui a privé M. Chouhan du droit d’exclure, sans avoir à se justifier, un nombre limité de candidats jurés. Le présent pourvoi concerne la constitutionnalité et la portée temporelle de ces modifications.

[2] Bien que les récusations péremptoires fussent un exemple de longue date de ce que Blackstone a appelé [TRADUCTION] « cette tendresse et cette humanité pour les prisonniers qui, à juste titre, rendent nos lois anglaises célèbres », elles ont suscité de vives controverses ces dernières décennies (*Commentaries on the Laws of England* (16<sup>e</sup> éd. 1825), tome IV, p. 353). Les récusations péremptoires permettaient tant à la Couronne qu’à l’accusé d’exclure des candidats jurés soupçonnés de partialité, mais elles avaient toutefois aussi un côté plus sombre, dans la mesure où elles permettaient l’exclusion arbitraire de jurés ainsi que des pratiques discriminatoires fondées sur des préjugés et des stéréotypes, ce que l’une ou l’autre des parties employait afin d’obtenir *non pas* un jury *impartial*, mais un jury *favorable*. Cette discrimination subtile avait des effets tangibles et bien documentés sur la composition des jurys.

[3] Avant l’ouverture de son procès, M. Chouhan a contesté la constitutionnalité des modifications au *Code criminel* qui ont aboli les récusations péremptoires, faisant valoir que ces modifications ont porté atteinte à son droit à un procès devant un jury indépendant et impartial, un droit garanti par l’art. 7 et les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, il a fait valoir que ces modifications, qui ne sont pas accompagnées de dispositions transitoires, ne valaient que pour l’avenir et ne s’appliquaient donc pas à son procès.

[4] The trial judge rejected both arguments (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). He identified the following range of procedural safeguards which, in his view, continued to protect the independence and impartiality of the jury, even in the absence of peremptory challenges: the roster of prospective jurors is randomly selected and representative of the community; jurors are drawn from that roster through a randomized process; the accused can remove a juror for one of several reasons enumerated in the challenge for cause provision under s. 638 of the *Criminal Code*; and the trial judge retains the discretion to excuse or stand aside prospective jurors for reasons enumerated in ss. 632 and 633 of the *Code*, such as hardship, obvious partiality, or other reasonable causes. Finding no violation of ss. 7, 11(d), or 11(f), the trial judge went on to determine that the impugned amendments were purely procedural in nature and thus applied immediately to all jury trials scheduled to begin on or after their coming into force.

[5] The selection of Mr. Chouhan's jury proceeded without peremptory challenges and Mr. Chouhan was ultimately convicted of first degree murder. Days after the jury rendered its verdict and before he was sentenced, Mr. Chouhan appealed from his conviction to the Court of Appeal for Ontario (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). He raised no substantive arguments about the conduct of the trial, but instead impugned the trial judge's ruling that the abolition of peremptory challenges was constitutional and that it applied to his trial.

[6] On appeal, Mr. Chouhan succeeded in having his conviction overturned and a new trial ordered. Writing for a unanimous court, Watt J.A. agreed with the trial judge that the amendments to the *Criminal Code* were constitutional, but he disagreed on their temporal scope. In his opinion, the abolition of peremptory challenges could not apply to accused persons whose right to a jury trial had vested by the time the amendments were proclaimed into force on September 19, 2019. This was the case for Mr. Chouhan, as his first degree murder charge

[4] Le juge du procès a rejeté les deux arguments (2019 ONCS 5512, 148 O.R. (3d) 53). Il a recensé la gamme suivante de garanties procédurales qui, selon lui, continuent d'assurer l'indépendance et l'impartialité du jury, même en l'absence de récusations péremptoires : la liste des candidats jurés est établie de manière aléatoire et elle est représentative de la collectivité; les jurés sont tirés de cette liste de manière aléatoire; l'accusé peut exclure un juré pour l'un des motifs énumérés dans la disposition visant les récusations motivées, l'art. 638 du *Code Criminel*; et le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de dispenser ou de mettre un candidat-juré à l'écart pour les raisons énumérées aux art. 632 et 633 du *Code criminel*, soit, par exemple, un inconvénient personnel sérieux, une partialité évidente, ou une autre raison valable. Ne constatant aucune atteinte à l'art. 7 ou aux al. 11d) ou 11f), le juge du procès a poursuivi en concluant que les modifications contestées étaient purement procédurales et s'appliquaient donc immédiatement à tous les procès avec jury débutant à compter de leur entrée en vigueur.

[5] Au procès de M. Chouhan, la sélection des jurés s'est déroulée sans récusations péremptoires et, en définitive, il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Quelques jours après que le jury eut rendu son verdict, et avant le prononcé de la peine, M. Chouhan a fait appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). Il n'a pas avancé d'arguments de fond sur la conduite du procès, attaquant plutôt la décision du juge du procès selon laquelle l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle et s'appliquait dans le cadre de son procès.

[6] En appel, M. Chouhan a réussi à faire annuler sa déclaration de culpabilité et à faire ordonner la tenue d'un nouveau procès. Auteur des motifs unanimes de la cour, le juge d'appel Watt a convenu avec le juge du procès de la constitutionnalité des modifications au *Code criminel*, mais il n'était pas d'accord sur la question de leur portée temporelle. Selon lui, l'abolition des récusations péremptoires ne pouvait pas s'appliquer à l'accusé dont le droit à un procès avec jury était acquis à la date de l'entrée en vigueur des modifications, soit le 19 septembre

pre-dated September 19, 2019. Accordingly, he was deprived of his substantive right to peremptory challenges under the former rules and a new trial was required.

[7] The Crown appealed to this Court on the issue of the temporal scope of the abolition of peremptory challenges; in turn, Mr. Chouhan cross-appealed on the constitutionality of the amendments abolishing them. At the conclusion of the hearing, a majority of the Court restored Mr. Chouhan's conviction, with reasons to follow. These are those reasons.

### I. Issues

[8] Mr. Chouhan does not pursue his arguments under s. 7 of the *Charter* in this Court. Accordingly, two issues arise on this appeal:

- (a) Does the abolition of peremptory challenges violate the rights of accused persons under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*?
- (b) If not, does the abolition of peremptory challenges apply to accused persons who were awaiting trial on September 19, 2019?

### II. Legislative Context

[9] Before addressing the merits of this appeal, some context is necessary, as Parliament did not decide to abolish peremptory challenges within a historical or social vacuum.

#### A. *Peremptory Challenges in Canada*

[10] Peremptory challenges have formed part of the jury selection process in Canada since the country's earliest days. Although the number of challenges available to the Crown and the accused has varied across time, the legislative scheme that Parliament abolished, which forms the subject of this appeal, set a fixed number of challenges for each party based on the seriousness of the underlying criminal charges. The Crown and the accused could each exercise

2019. C'était le cas pour M. Chouhan, puisque l'accusation de meurtre au premier degré portée contre lui était antérieure au 19 septembre 2019. Il a donc été privé de son droit substantiel à des récusations péremptoires selon les anciennes règles, et il était nécessaire de tenir un nouveau procès.

[7] La Couronne s'est pourvue devant notre Cour sur la question de la portée temporelle de l'abolition des récusations péremptoires, et M. Chouhan, quant à lui, a formé un pourvoi incident sur la constitutionnalité des modifications qui les avaient abolies. Au terme de l'audience, la Cour, à la majorité, a rétabli la déclaration de culpabilité de M. Chouhan avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

### I. Questions en litige

[8] Devant la Cour, M. Chouhan ne fonde pas ses arguments sur l'art. 7 de la *Charte*. Le présent pourvoi soulève donc deux questions :

- a) L'abolition des récusations péremptoires porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*?
- b) Sinon, l'abolition des récusations péremptoires s'applique-t-elle à l'accusé qui était en attente de son procès le 19 septembre 2019?

### II. Contexte législatif

[9] Avant que nous examinions le pourvoi au fond, une mise en contexte s'impose, puisque la décision du Parlement d'abolir les récusations péremptoires n'a pas été prise en dehors de toute considération historique ou sociale.

#### A. *Les récusations péremptoires au Canada*

[10] Les récusations péremptoires font partie du processus de sélection des jurés au Canada depuis la fondation du pays. Le nombre de récusations offertes à la Couronne et à l'accusé a varié au fil du temps, mais le régime législatif que le Parlement a aboli, et qui est l'objet du présent pourvoi, avait établi pour chacune des parties un nombre fixe de récusations en fonction de la gravité des accusations criminelles sous-jacentes. La Couronne et l'accusé disposaient



20 peremptory challenges where the accused was charged with high treason or first degree murder, 12 where the accused was charged with an offence that attracted a maximum sentence of more than five years' imprisonment (but excluding high treason and first degree murder), and 4 for all other offences.

[11] Peremptory challenges formed part of a dynamic in-court process governing the selection of jurors from an array of prospective jurors selected at random for jury duty. This process included, and still includes: the ability of accused persons and the Crown to request the removal of a given juror on a challenge for cause for reasons including partiality (*Criminal Code*, s. 638); the power of the trial judge to excuse prospective jurors for reasons of obvious partiality, personal hardship, or any other reasonable cause (s. 632); and the power of trial judges to stand aside prospective jurors (s. 633). This stand-aside power allows the trial judge to direct that a prospective juror will not sit on the jury unless there are too few other jurors fit to serve.

[12] These in-court procedures emerged in their modern forms in the 16th and 17th centuries in England (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 523). As L'Heureux-Dubé J. explained in *Sherratt*, their development was “neither fortuitous nor arbitrary” but rather emerged gradually over hundreds of years to support the purposes of the institution of the jury (p. 523). By fostering the independence, impartiality, and representativeness of the jury, the selection process ensures that the jury remains “an excellent fact finder”, that it acts as “the conscience of the community” and as a “final bulwark against oppressive laws or their enforcement”, and that it increases public trust in the administration of justice (pp. 523-24).

[13] Peremptory challenges played a distinct, albeit limited role within this broader context. While the other features of jury selection permit the removal of a juror only for specific reasons, peremptory

chacun de 20 récusations péremptoires lorsque l'accusé était inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré, de 12 lorsqu'il était inculpé d'une infraction passible d'une peine maximale de plus de 5 ans d'emprisonnement (mais à l'exclusion de la haute trahison et du meurtre au premier degré), et de 4 pour toutes les autres infractions.

[11] Les récusations péremptoires faisaient partie d'un processus dynamique en salle d'audience qui régissait la sélection des jurés à partir d'un tableau de candidats jurés choisis de manière aléatoire pour exercer la fonction de juré. Ce processus comprenait, et comprend encore : la faculté pour l'accusé et pour la Couronne de demander l'exclusion d'un juré pour un des motifs énumérés dans la disposition visant les récusations motivées, dont la partialité (*Code criminel*, art. 638); le pouvoir du juge du procès de dispenser un candidat-juré pour des raisons de partialité manifeste, d'inconvénient personnel sérieux ou pour toute raison valable (art. 632); et le pouvoir du juge du procès d'ordonner la mise à l'écart de candidats jurés (art. 633). Ce pouvoir de mise à l'écart permet au juge du procès d'empêcher un candidat-juré de faire partie du jury à moins que le nombre des autres jurés aptes à exercer la fonction soit insuffisant.

[12] Ces procédures qui se déroulent en salle d'audience sont nées dans leur forme contemporaine durant les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles en Angleterre (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 523). Comme l'expliquait la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Sherratt*, leur évolution « n'avait rien de fortuit ni d'arbitraire », mais s'est plutôt cristallisée graduellement au cours des siècles pour affermir les objets de l'institution du jury (p. 523). En promouvant l'indépendance, l'impartialité et la représentativité du jury, le processus de sélection garantit que celui-ci demeure « un excellent juge des faits », qu'il agit en tant que « conscience de la collectivité » et « dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application », et qu'il accroît la confiance du public envers l'administration de la justice (p. 523-524).

[13] Les récusations péremptoires jouaient un rôle spécifique, encore que restreint, dans ce contexte général. Tandis que les autres caractéristiques de la sélection du jury permettent d'exclure un juré

challenges were “entirely discretionary and not subject to any condition” (*Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 721). The accused could remove a juror because of “a mere belief, more often a hunch, . . . that within the prospective juror resides a state of mind at odds with impartiality” (*R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, at para. 123). Blackstone offered two justifications for this virtually unfettered discretion: first, that an accused person ought not to be tried by “any one man against whom he has conceived a prejudice”, and secondly, that accused persons ought to have an opportunity to remove jurors who may become resentful after an unsuccessful challenge for cause (p. 353, as cited in *Cloutier*, at p. 720). In short, peremptory challenges heightened the accused’s perception that he or she “has had the benefit of a fairly selected tribunal” (*Sherratt*, at pp. 532-33).

[14] While, as our colleague Côté J. recounts, commentators since (and including) Blackstone have celebrated the peremptory challenge for its subjective importance to the accused, this must be understood in light of the context surrounding its origin and later evolution. As to its origin, it really is this simple: the juror being objected to was not, in any sense, the juror of the modern day criminal trial. This is because, when peremptory challenges were first made available at common law to the accused, the role of the juror was markedly different. Jurors acted *not* as *independent and impartial* fact-finders, but as fact-knowers with *first-hand knowledge* of the allegations against the accused (J. Heinz, “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201, at pp. 207-8). Peremptory challenges thus emerged in a context in which the jurors, the accused, and the victims each knew one another. In our respectful view, the constitutionality of the abolition of peremptory challenges in 21st century Canada cannot usefully be informed by such a provenance.

uniquement pour des raisons précises, le recours aux récusations péremptoires était « entièrement discrétionnaire et [. . .] assorti d’aucune condition » (*Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, p. 721). L’accusé pouvait exclure un juré en raison [TRADUCTION] « d’une simple croyance, plus souvent d’un pressentiment, [. . .] que le candidat-juré présent[ait] un état d’esprit qui fai[sait] douter de son impartialité » (*R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, par. 123). Blackstone a offert deux justifications pour expliquer ce pouvoir discrétionnaire quasi absolu : d’abord, le fait que l’accusé ne devrait pas être jugé [TRADUCTION] « par une personne contre laquelle il entretient un préjugé »; ensuite, le fait que l’accusé devrait être libre d’exclure les jurés susceptibles d’éprouver un ressentiment après avoir fait l’objet d’une récusation motivée infructueuse (p. 353, cité dans l’arrêt *Cloutier*, p. 720). Bref, les récusations péremptoires intensifiaient le sentiment de l’accusé qu’il « a[vait] bénéficié d’un tribunal constitué équitablement » (*Sherratt*, p. 532-533).

[14] Certes, comme le rappelle notre collègue la juge Côté, Blackstone et les auteurs qui lui ont succédé ont vanté les mérites des récusations péremptoires pour leur importance subjective aux yeux de l’accusé. Il faut toutefois interpréter ces écrits à la lumière du contexte de l’origine de ces récusations et de leur évolution par la suite. En ce qui a trait à leur origine, la réalité est toute simple : le juré qu’on voulait exclure n’était d’aucune façon le juré qui participe aux procès criminels modernes. En effet, lorsque les récusations péremptoires ont été mises à la disposition de l’accusé en common law, le rôle du juré était très différent. Il n’agissait *pas* comme juge *indépendant et impartial* des faits, mais comme une personne informée des faits, ayant une *connaissance de première main* des allégations portées contre l’accusé (J. Heinz, « Peremptory Challenges in Criminal Cases : A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201, p. 207-208). Les récusations péremptoires ont donc vu le jour dans un contexte où les jurés, l’accusé et les victimes se connaissaient les uns les autres. À notre avis, la constitutionnalité de l’abolition des récusations péremptoires dans le Canada du XXI<sup>e</sup> siècle ne peut pas être évaluée utilement à la lumière d’une telle origine.

[15] Further, after the jury had become an impartial fact-finding body, challenges for cause and peremptory challenges were generally exercised in narrow and objectively determinable circumstances, such as where a prospective juror failed to meet residential or property requirements, or had a relationship with the accused (R. Blake Brown, “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century” (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, at p. 458). And even after the practice became that an accused person could derive subjective comfort from being able to object to any juror for any reason, that form of challenge (and indeed all forms of challenge) were “uncommon in English courtrooms” before the 19th century (p. 459). This is unsurprising, given the summary nature of criminal trials at the time — trials would take as little as 30 minutes, the role of counsel was minimal, and the accused was not given advance notice of the names of prospective jurors (p. 460). And because jurors were generally of a higher social status than the accused, few accused would challenge prospective jurors for fear of offending the remaining jurors — a fear that was all the more palpable because the accused had to *personally* challenge each juror, even where the accused was represented by counsel (p. 461; see also J. H. Langbein, “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law” (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047, at p. 1058). Given all this, one commentator concludes that the accused’s “nominal challenge rights were of little use” for much of their history (Langbein, at fn. 51). In short, peremptory challenges, while available, were not such a common feature as to make it possible to say, as our colleague says, that they gave the accused “a sense of ownership in the trial” (Côté J.’s reasons, at para. 235).

[16] It is, however, fair to say that accused persons could use peremptory challenges to their advantage — for instance, during political prosecutions in the 17th century, when Parliament “recognized that peremptory challenges were one of the accused’s

[15] En outre, après que le jury est devenu un organe impartial chargé de juger les faits, les récusations motivées et péremptoires ont généralement été demandées dans des circonstances limitées et objectivement définissables, comme lorsque le candidat-juré ne satisfaisait pas aux exigences quant au lieu de résidence ou quant à son statut de propriétaire terrien, ou encore lorsqu’il avait un lien avec l’accusé (R. Blake Brown, « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, p. 458). Cela dit, même après l’acceptation du fait que l’accusé puisse tirer un réconfort subjectif de sa capacité à contester la présence d’un juré pour quelque raison que ce soit, ce type de récusations (et d’ailleurs tous les types de récusations) était [TRADUCTION] « rarement demandé devant les tribunaux anglais » avant le XIX<sup>e</sup> siècle (p. 459). Cela n’est guère surprenant vu le caractère sommaire des procès criminels de l’époque — ceux-ci duraient aussi peu que 30 minutes, l’avocat avait un rôle minime, et l’accusé n’était pas informé à l’avance de l’identité des candidats jurés (p. 460). De plus, comme les jurés appartenaient habituellement à une classe sociale plus élevée que l’accusé, celui-ci ne demandait que rarement la récusation de candidats jurés de peur d’offenser ceux qui restaient — une peur d’autant plus palpable que l’accusé était tenu de demander *personnellement* la récusation de chaque juré, même si un avocat le représentait (p. 461; voir aussi J. H. Langbein, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047, p. 1058). Compte tenu de tout ce qui précède, un auteur a conclu que [TRADUCTION] « le droit théorique [de l’accusé] à des récusations n’a pas été très utile » durant une grande partie de leur histoire (Langbein, n. 51). Bref, les récusations péremptoires, même si l’accusé pouvait y recourir, n’étaient pas courantes au point de pouvoir prétendre, comme le fait notre collègue, qu’elles donnaient à l’accusé « un sentiment d’appartenance à l’égard du procès » (motifs de la juge Côté, par. 235).

[16] Il est toutefois juste de dire que l’accusé pouvait utiliser les récusations péremptoires à son avantage — par exemple, dans le cadre de poursuites politiques au XVII<sup>e</sup> siècle lorsque le Parlement « a reconnu que les récusations péremptoires étaient l’un

most important tools in securing an impartial jury” (Côté J.’s reasons, at para. 234). But again, context is vital to understanding the significance of this observation to the question before us in this appeal. At that time, the trial process retained a marked power imbalance as between the Crown and the accused (J. Profatt, *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact* (1877), at pp. 211-13). While Parliament had abolished the Crown’s peremptory challenges in 1305, courts had recognized a Crown right to *stand aside* an *unlimited* number of jurors (Heinz, at p. 208; J. M. Van Dyke, *Jury Selection Procedures: Our Uncertain Commitment to Representative Panels* (1977), at p. 154; Brown, at p. 464, citing *R. v. O’Coigly*, [1798] 26 Howell’s State Trials 1191; Heinz, at p. 208). It is therefore not surprising — especially given the experience of turmoil and injustice in 17th century England, and of Parliament’s consequent desire to confine the Crown to the rule of law — that Parliament acted as it did to secure a place for peremptory challenges.

[17] We do not, however, see such considerations as especially germane in present circumstances. More generally, and while the peremptory challenge is, as our colleague says, “over seven hundred years old” (Côté J.’s reasons, at para. 232), the historical context from which it emerged and in which it developed, more fully understood, does not support the narrative of undiluted accused protections that our colleague describes. More to the point, however, it tells us little if anything about the current significance of the peremptory challenge to the modern criminal trial. Of greater significance on that point, in our view, is the evidence of two experienced defence counsel, qualified as experts at trial, who attested to their clients’ perceptions of the value of peremptory challenges. They testified that accused persons routinely use peremptory challenges based on the way prospective jurors look at them during the selection process. Additionally, they suggested that racialized accused routinely use peremptory challenges to remove non-racialized prospective jurors and make

des outils les plus importants dont bénéficiait l’accusé pour s’assurer de l’impartialité du jury » (motifs de la juge Côté, par. 234). Toutefois, nous le répétons, le contexte est essentiel pour comprendre l’importance de cette remarque relativement à la question dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi. À l’époque, il existait encore un déséquilibre marqué entre les pouvoirs de la Couronne et ceux de l’accusé dans le contexte des procès (J. Profatt, *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact* (1877), p. 211-213). Certes, le Parlement avait aboli les récusations péremptoires de la Couronne en 1305, mais les tribunaux avaient reconnu un droit pour cette dernière de *mettre à l’écart* un nombre *illimité* de jurés (Heinz, p. 208; J. M. Van Dyke, *Jury Selection Procedures : Our Uncertain Commitment to Representative Panels* (1977), p. 154; Brown, p. 464, citant *R. c. O’Coigly*, [1798] 26 Howell’s State Trials 1191; Heinz, p. 208). Il n’est donc guère surprenant — surtout compte tenu des turbulences et des injustices qui avaient cours dans l’Angleterre du XVII<sup>e</sup> siècle ainsi que du souhait subséquent du Parlement de contraindre la Couronne au respect de la primauté du droit — que le Parlement ait agi comme il l’a fait afin de ménager une place pour les récusations péremptoires.

[17] Cependant, de telles considérations ne nous semblent pas particulièrement pertinentes dans les circonstances qui prévalent de nos jours. Plus généralement, et en dépit du fait que les récusations péremptoires existent depuis « plus de 700 ans » comme le rappelle notre collègue (motifs de la juge Côté, par. 232), le contexte historique dans lequel elles ont vu le jour et ont évolué, considéré avec plus de profondeur, n’étaye pas le récit de notre collègue détaillant des protections sans réserve conférées à l’accusé. Encore plus pertinent toutefois, ce récit nous dit bien peu, voire rien du tout, quant à l’importance actuelle des récusations péremptoires pour les procès criminels modernes. Et ce qui importe davantage selon nous à cet égard, ce sont les témoignages de deux avocats de la défense expérimentés, qualifiés d’experts dans le cadre du procès, qui ont fait état de la perception de leurs clients quant à la valeur des récusations péremptoires. Ils ont témoigné que l’accusé recourt très souvent à ce type de récusations en se fondant sur la manière dont les candidats

room for jurors who represent diverse backgrounds, thereby increasing the accused's confidence in the impartiality of the jury.

#### B. *Mounting Criticism of Peremptory Challenges*

[18] While we do not deny the value of peremptory challenges from the subjective view of accused persons, the *true* value of this “benefit” was doubtful. Peremptory challenges are *exclusive* rather than *inclusive* in nature: they enabled accused persons to *exclude* a limited number of prospective jurors. They did not, however, allow the accused to hand-pick the eventual jurors, since the accused's ability to exclude some jurors was balanced by the Crown's equal right to exclude others. At most, peremptory challenges provided the parties with a limited ability to determine who would ultimately serve on the jury.

[19] Moreover, once the jury was empaneled, it became impossible to trace the impact of peremptory challenges on the verdict, given the insurmountable difficulty in ascertaining how a differently constituted jury would have ruled on the same case. As aptly recognized by the Court of Appeal, peremptory challenges were “by nature arbitrary and subjective,” requiring the accused and counsel to rely on “guess work and uncertain mythologies” to predict the prospective juror's beliefs and attitudes (paras. 54 and 57). The Court of Appeal rightly acknowledged the difficulties inherent in speculating — let alone accurately predicting — how jurors would react to the case based solely on characteristics like “race, gender, age, ethnic origin, demeanour, or manner of dress” (para. 54).

[20] More critically, peremptory challenges sit uneasily with various other aspects of jury selection. To begin, peremptory challenges did not displace the principle that the accused has no right to select a partial or favourable jury (*Sherratt*, at p. 532; *R. v.*

jurés les regardent durant le processus de sélection. Ils ont aussi indiqué que l'accusé racialisé recourt régulièrement aux récusations péremptoires pour exclure les candidats jurés non racialisés au profit de candidats provenant de divers horizons, augmentant ainsi leur confiance dans l'impartialité du jury.

#### B. *Critiques croissantes des récusations péremptoires*

[18] Sans nier la valeur des récusations péremptoires du point de vue subjectif de l'accusé, nous estimons que la *vraie* valeur de cet « avantage » était douteuse. Les récusations péremptoires étaient de nature *exclusive* plutôt qu'*inclusive* : elles permettaient à l'accusé d'*exclure* un nombre limité de candidats jurés. Elles ne permettaient toutefois pas à l'accusé de choisir les jurés éventuels, puisque son droit d'exclure certains jurés était contrebalancé par le droit correspondant de la Couronne d'en exclure elle aussi. Tout au plus, les récusations péremptoires donnaient aux parties une capacité limitée de déterminer qui ferait ultimement partie du jury.

[19] De plus, une fois le jury constitué, il devenait impossible de discerner l'effet des récusations péremptoires sur le verdict, vu la difficulté insurmountable de savoir quel verdict un jury composé différemment aurait rendu dans la même cause. Comme l'a reconnu avec justesse la Cour d'appel, les récusations péremptoires étaient [TRADUCTION] « forcément arbitraires et subjectives », obligeant l'accusé et son avocat à s'en remettre à « des conjectures et à des mythes obscurs » pour prédire les convictions et les attitudes des candidats jurés (par. 54 et 57). Elle a rappelé à juste titre l'évidente difficulté de pressentir — et, à plus forte raison, de prédire avec exactitude — en se fondant uniquement sur des caractéristiques comme « la race, le sexe, l'âge, l'origine ethnique, le comportement ou la tenue vestimentaire » (par. 54), la manière dont des jurés verraient la cause qui leur serait soumise.

[20] En outre, les récusations péremptoires cadrent mal avec plusieurs autres aspects de la sélection des jurés. D'abord, elles n'ont pas supplanté le principe selon lequel l'accusé n'a pas le droit de choisir un jury partial ou favorable (*Sherratt*, p. 532; *R. c.*

*Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 720; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 71). As this Court explained in *Yumnu*, at para. 71, that principle is fundamental:

... jury selection is not a game and it should not be approached as though it were. Winning and losing are concepts that ought not to be associated with it. The process is not governed by the strictures of the adversarial model, nor should it be . . . . The idea at the end of the day is not to obtain a jury that is partial to one side or the other. We are looking for jurors who are eligible, impartial, representative and competent. The jury does not belong to the parties; it belongs to the people.

[21] Similarly, over 30 years ago, Professor Mewett noted that peremptory challenges and Crown stand asides, the functional equivalent of a peremptory challenge, undermined the randomness of jury selection, a significant guarantor of jury independence and impartiality:

... we must reconsider the entire basis for the legislation [governing peremptory challenges and Crown stand-asides]. It is no longer sufficient to accept it merely because it has developed over the past 700 years. I am not entirely convinced that peremptory challenges for either side make all that much sense, given the checks and balances that exist in the initial selection process . . . .

... The essence of our selection process is its random nature — both the Crown and the accused literally take the luck of the draw, both as to who gets onto the panel in the first place and then as to the order in which they are called to take their places on the jury.

(“The Jury Stand-By” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386)

[22] Commentators have also recognized that peremptory challenges could be used in such a way as to facilitate quiet, but deliberate, discrimination. Indigenous communities, in particular, have witnessed the disturbing effects of peremptory challenges

*Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 720; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, par. 71). Comme l’expliquait la Cour dans l’arrêt *Yumnu*, par. 71, c’est là un principe fondamental :

... la sélection du jury n’est pas un jeu et on ne devrait pas l’entreprendre dans cet esprit. Il ne faut pas s’y engager avec l’idée de gagner ou de perdre. Il ne s’agit pas d’un processus soumis aux restrictions du modèle contradictoire, et [ . . . ] il ne devrait pas l’être non plus. En définitive, l’objectif n’est pas d’avoir un jury qui serait partial envers l’une ou l’autre partie. Nous voulons des jurés habiles à exercer leurs fonctions, impartiaux, représentatifs et compétents. Le jury n’appartient pas aux parties, mais au public.

[21] Pareillement, il y a plus de 30 ans, le professeur Mewett faisait observer que les récusations péremptoires et les mises à l’écart par la Couronne — soit l’équivalent fonctionnel des récusations péremptoires — minaient le caractère aléatoire de la sélection des jurés. Or, ce caractère aléatoire est une garantie importante de l’indépendance et de l’impartialité du jury :

[TRADUCTION] . . . nous devons revoir en profondeur la raison d’être des dispositions législatives [régissant les récusations péremptoires et les mises à l’écart par la Couronne]. Il ne suffit plus de les accepter au seul motif qu’elles se sont développées au cours des sept derniers siècles. Je ne suis pas totalement convaincu que les récusations péremptoires offertes à l’une ou l’autre partie soient aussi judicieuses que cela, compte tenu des freins et contrepoids que comporte la sélection initiale . . . .

... L’essence même de notre processus de sélection est son caractère aléatoire — la Couronne tout comme l’accusé s’en remettent littéralement au pur hasard, à la fois pour ce qui concerne d’abord la composition du tableau des jurés puis pour ce qui a trait à l’ordre dans lequel ils sont appelés à faire partie du jury.

(« The Jury Stand-By » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, p. 386)

[22] Des observateurs ont aussi reconnu que les récusations péremptoires pourraient servir à favoriser une discrimination subtile, encore que délibérée. Les communautés autochtones, en particulier, ont pu constater que les récusations péremptoires

in excluding their members from juries. The 1991 Manitoba Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People noted that “both prosecutors and defence attorneys have used their peremptory challenges and stand asides to screen Aboriginal people out of the jury system” (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 382). When the Honourable Frank Iacobucci examined the problem of Indigenous under-representation on Ontario’s provincial jury rolls, he found that the continued existence of peremptory challenges undermined even the most successful attempts by the province to ensure that Indigenous people are represented on jury rolls (*First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by the Honourable Frank Iacobucci* (2013), at para. 376). The Iacobucci Report noted particularly stark examples of the use of peremptory challenges to exclude Indigenous jurors:

The examples they provide are compelling. In the Helen Betty Osborne case in The Pas, the jury had no Aboriginal members, in spite of the fact that it was in an area of Manitoba where Aboriginal people comprise over 50% of the population. All six Aboriginal people called forward were the subjects of peremptory challenges from the defence. Similarly, on one day of the Thompson assizes, 35 of 41 Aboriginal people called to serve on three juries were rejected through peremptory challenges and stand-asides. “In one case, the Crown rejected 16 Aboriginal jurors; in another, the defence rejected two and the Crown rejected 10; in the third and final case, the defence accepted all the proposed Aboriginal jurors, while the Crown rejected nine. Two jurors were rejected twice.” [Footnotes omitted; para. 155.]

[23] Allegations that a party has used peremptory challenges in a discriminatory manner have appeared before the courts in recent decades, with mixed results. For instance, in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), the court ordered a new trial because the prosecutor admitted to using peremptory

avaient un effet troublant, soit celui d’exclure leurs membres des jurys. En 1991, la Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People du Manitoba avait relevé que [TRADUCTION] « tant les poursuivants que les avocats de la défense se sont servi de leurs récusations péremptoires et des mises à l’écart pour exclure les Autochtones du système de jury » (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 382). Quand l’honorable Frank Iacobucci a examiné le problème de la sous-représentation des Autochtones dans les listes provinciales de jurés en Ontario, il a constaté que l’existence des récusations péremptoires ébranlait même les tentatives les plus prometteuses faites par la province pour assurer la représentation des peuples autochtones sur les listes de jurés (*La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l’examen indépendant mené par l’honorable Frank Iacobucci* (2013), par. 376). Le Rapport Iacobucci citait des exemples particulièrement flagrants de recours aux récusations péremptoires pour exclure des jurés autochtones :

Les exemples présentés pour appuyer cet argument sont convaincants. Le jury formé à Le Pas pour rendre un verdict dans l’affaire de Helen Betty Osborne n’incluait pas une seule personne autochtone, en dépit du fait que le procès avait lieu dans une région du Manitoba où plus de 50 % de la population est autochtone. Les six candidats-jurés autochtones proposés ont tous fait l’objet d’une récusation péremptoire de la part de la défense. Pareillement, en une seule journée d’assises criminelles à Thompson, 35 des 41 personnes autochtones appelées à exercer les fonctions de jurés au sein de trois jurys ont été rejetées moyennant des mises à l’écart et des récusations péremptoires. « Dans un cas, la poursuite a rejeté 16 jurés autochtones; dans un autre, la défense en a rejeté deux et la poursuite 10; dans un troisième et dernier, la défense a accepté tous les jurés autochtones proposés, mais la poursuite en a rejeté neuf. Deux jurés ont été écartés deux fois ». [Notes en bas de page omises; par. 155.]

[23] Au cours des dernières décennies, les tribunaux ont été saisis à plusieurs reprises de cas où il était reproché à l’une des parties d’avoir recouru à des récusations péremptoires d’une manière discriminatoire, mais les résultats ont été mitigés. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.),

challenges and stand asides to achieve a jury composed only of women to try the male accused of sexual assault. Beyond that case, in which the prosecutor gave a “candid statement of his purpose” (at p. 784), courts have been unwilling to remedy the discriminatory use of peremptory challenges in the absence of a clear evidentiary record establishing that a party systematically excluded any given subset of the population from the jury (see *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.); *R. v. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. v. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (Gen. Div.))). Based on this case law, one commentator has concluded that Canadian courts have simply “been unable to control the discriminatory use of peremptory challenges” (K. Roach, “The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271). Attempts by U.S. courts to supervise peremptory challenges have faced similar difficulties (see K. J. Melilli, “*Batson* in Practice: What We Have Learned About *Batson* and Peremptory Challenges” (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447, at pp 460-64; K. Taylor-Thompson, “Empty Votes in Jury Deliberations” (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261, at p. 1262; H. Weddell, “A Jury of Whose Peers?: Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures” (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453, at pp. 484-85).

[24] In sum, while acknowledging the subjective benefit of peremptory challenges to accused persons, courts and commentators have rightly pointed out that public confidence in the administration of justice suffers when the parties use their challenges to exclude any subset of the population, or when they appear to do so. This abuse has largely escaped judicial oversight and undermines efforts by the provinces to compile representative rosters from which potential jurors are summoned to courthouses for jury duty, as acknowledged by the Iacobucci Report.

la cour a ordonné la tenue d’un nouveau procès parce que le poursuivant avait admis avoir recouru à des récusations péremptoires et à des mises à l’écart pour obtenir un jury composé uniquement de femmes dans le procès d’un homme accusé d’agression sexuelle. Au-delà de ce précédent, dans lequel le poursuivant avait [TRADUCTION] « admis franchement son intention » (p. 784), les tribunaux n’ont pas voulu remédier au recours discriminatoire aux récusations péremptoires en l’absence d’une preuve tangible montrant que l’une des parties a systématiquement exclu du jury un sous-ensemble donné de la population (voir *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.); *R. c. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. c. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (div. gén.))). Se fondant sur cette jurisprudence, un commentateur a conclu que les tribunaux canadiens ont tout simplement [TRADUCTION] « été incapables d’enrayer le recours discriminatoire aux récusations péremptoires » (K. Roach, « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271). Les tentatives de tribunaux des États-Unis de superviser les récusations péremptoires se sont heurtées à des difficultés similaires (voir K. J. Melilli, « *Batson* in Practice : What We Have Learned About *Batson* and Peremptory Challenges » (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447, p. 460-464; K. Taylor-Thompson, « Empty Votes in Jury Deliberations » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261, p. 1262; H. Weddell, « A Jury of Whose Peers? : Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures » (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453, p. 484-485).

[24] En résumé, tout en reconnaissant l’avantage subjectif des récusations péremptoires pour l’accusé, les tribunaux et les commentateurs ont souligné à juste titre que la confiance du public envers l’administration de la justice est ébranlée quand les parties se servent de leurs récusations pour exclure un sous-ensemble de la population, ou quand elles semblent le faire. Comme le constatait le Rapport Iacobucci, cet abus a largement échappé à la surveillance judiciaire et mine les efforts consentis par les provinces pour établir des listes représentatives à partir desquelles des personnes sont convoquées pour agir comme jurés devant les tribunaux.



### C. *The Abolition of Peremptory Challenges*

[25] Faced with mounting criticisms about the use and value of peremptory challenges, Parliament chose to act. A number of entities and individuals, many of whom have intervened in this appeal, variously urged Parliament to abolish peremptory challenges, to leave them unchanged, or to regulate them. These policy alternatives are represented in various reports that have considered peremptory challenges over the years. For example, the 1991 Manitoba Public Inquiry recommended an outright abolition, while the Iacobucci Report recommended an amendment to the *Criminal Code* that would prevent the use of peremptory challenges to discriminate against First Nations people serving on juries, potentially through judicial supervision.

[26] Parliament chose outright abolition. When the Minister of Justice introduced the legislation that would ultimately do away with peremptory challenges (Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019), she emphasized that the bill sought to address discrimination in the jury selection regime:

Reforms in this area are long overdue. Peremptory challenges give the accused and the [C]rown the ability to exclude jurors without providing a reason. In practice, this can and has led to their use in a discriminatory manner to ensure a jury of a particular composition.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

[27] In crafting the new legislation, Parliament bolstered the role of the trial judge in supervising the jury selection process. First, Bill C-75 relies on the trial judge to adjudicate challenges for cause, while the previous legislation relied on lay triers. Second, Bill C-75 enhances the power of trial judges to stand aside jurors pursuant to s. 633 of the *Criminal Code*.

### C. *L'abolition des récusations péremptoires*

[25] Devant la montée des critiques portant sur l'utilisation et le mérite des récusations péremptoires, le Parlement a décidé d'agir. Plusieurs organisations et particuliers, dont un bon nombre sont intervenues dans le présent pourvoi, ont, chacune à sa façon, appelé le Parlement à abolir les récusations péremptoires, à les maintenir en l'état ou à les encadrer. Ces options de politiques sont exposées dans divers rapports qui ont traité des récusations péremptoires au fil des ans. Par exemple, la Manitoba Public Inquiry de 1991 a recommandé leur abolition pure et simple, tandis que le Rapport Iacobucci a recommandé une modification du *Code criminel* qui empêcherait — possiblement grâce à la supervision exercée par les tribunaux — le recours aux récusations péremptoires dans le dessein d'exclure des jurys les membres des Premières Nations.

[26] Le Parlement a choisi l'abolition pure et simple. Quand la ministre de la Justice a déposé le projet de loi qui allait en définitive mettre un terme aux récusations péremptoires (Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019), elle a souligné que le projet de loi visait à corriger la discrimination dans le régime de sélection des jurés :

Des réformes dans ce domaine sont attendues depuis trop longtemps. Les récusations péremptoires donnent au prévenu et à la Couronne la capacité d'exclure un juré sans avoir à se justifier. Dans la pratique, cela peut être utilisé de façon discriminatoire afin d'en arriver à une composition particulière du jury, et cela s'est fait.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19605)

[27] Dans le nouveau texte législatif, le Parlement a accru le pouvoir de surveillance du juge du procès dans le cadre de la sélection des jurés. Premièrement, le projet de loi C-75 s'en remet à lui pour arbitrer les récusations motivées, alors que le texte antérieur confiait ce rôle à des profanes. Deuxièmement, le projet de loi C-75 accroît le pouvoir du juge du

While trial judges could previously stand aside prospective jurors “for reasons of personal hardship or any other reasonable cause”, the amended provision also allows trial judges to stand aside jurors in order to “maintai[n] public confidence in the administration of justice”. The Justice Minister explained that these amendments aimed to promote “fairness and transparency” in the jury selection process (*House of Commons Debates*, at p. 19605). She also stated that the amended stand-aside power would enable judges to “make room for a more diverse jury”.

[28] During committee proceedings, Parliament considered submissions both supporting and opposing the proposed reforms. Legislators ultimately decided that the abolition of peremptory challenges would promote fairness in the jury selection process, due in part to the enhancement of the trial judge’s stand-aside power.

### III. Analysis

[29] We now turn to the merits of this appeal. We begin with Mr. Chouhan’s cross-appeal challenging the constitutionality of the amendments before addressing the Crown’s appeal on the temporal scope of the legislation.

#### A. *The Constitutional Issues*

[30] Before this Court, Mr. Chouhan submits that the *Criminal Code* amendments infringe his rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

(1) Section 11(d): The Right to an Independent and Impartial Tribunal

[31] Whenever Parliament alters some aspect of the jury selection regime, it must ensure that the new jury selection process continues to guarantee the right of each accused to a fair trial before an independent

procès de mettre des jurés à l’écart, comme le prévoit l’art. 633 du *Code criminel*. Auparavant, le juge du procès pouvait mettre des candidats jurés à l’écart « pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux pour le juré », et la disposition modifiée lui permet en outre d’ordonner la mise à l’écart d’un juré afin de « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice ». La ministre de la Justice a expliqué que ces modifications visaient à apporter « plus d’équité et de transparence » au processus de sélection des jurés (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605). Elle a aussi affirmé que le pouvoir modifié d’exercer des mises à l’écart permettrait aux juges « d’obtenir un jury plus diversifié ».

[28] Durant les délibérations du comité, le Parlement a passé en revue des interventions qui appuyaient les réformes proposées, ainsi que d’autres qui y étaient opposées. Les parlementaires ont ultimement décidé que l’abolition des récusations péremptoires favoriserait l’équité dans le processus de sélection des jurés, notamment en raison du pouvoir accru du juge du procès de mettre des jurés à l’écart.

### III. Analyse

[29] Nous examinerons maintenant le pourvoi au fond. Nous commencerons par le pourvoi incident par lequel M. Chouhan conteste la constitutionnalité des modifications, après quoi nous examinerons le pourvoi de la Couronne relatif à la portée temporelle des modifications.

#### A. *Les questions constitutionnelles*

[30] Devant la Cour, M. Chouhan soutient que les modifications apportées au *Code criminel* portent atteinte aux droits qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

(1) Alinéa 11d) : le droit à un tribunal indépendant et impartial

[31] Chaque fois que le Parlement modifie un aspect du régime de sélection des jurés, il doit veiller à ce que le nouveau régime continue de protéger le droit garanti à tout accusé par l’al. 11d) de la *Charte*

and impartial jury, as promised by s. 11(d) of the *Charter*. But s. 11(d) does not entitle the accused to any particular procedure. The question is not whether a new process chosen by Parliament is less advantageous to the accused (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 47; *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77, at para. 14). Rather, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would consider that the new jury selection process gives rise to a reasonable apprehension of bias so as to deprive accused persons of a fair trial before an independent and impartial tribunal (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111, and 147; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at para. 49).

[32] While the focus of the Court's attention in this case is necessarily on the abolition of peremptory challenges, we are asked to consider the constitutionality of the jury selection process as a whole, including those aspects of it that survived Bill C-75 and those that Parliament modified in tandem with the abolition of peremptory challenges. In our view, the jury selection regime since Parliament enacted Bill C-75 continues to provide the independent and impartial jury that each accused is owed under s. 11(d) of the *Charter*.

[33] Both the trial judge and the Court of Appeal properly acknowledged that the features of the jury selection regime that survived the Bill C-75 amendments go far to ensure that juries are both independent and impartial. Those protections begin long before the day on which the accused appears in court to select the jury. Provincial authorities are constantly at work, compiling a representative jury roll of eligible jurors, as part of a process that provides a fair opportunity for a broad cross-section of society to serve as a juror (*Kokopenace*, at para. 61).

[34] When prospective jurors are randomly selected from the roll and invited to appear for jury

à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. L'alinéa 11d) ne donne toutefois pas à l'accusé le droit à une procédure particulière. La question n'est pas de savoir si le nouveau processus retenu par le Parlement est moins avantageux pour l'accusé (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 47; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77, par. 14). Elle est plutôt de savoir si une personne raisonnable, bien informée des circonstances, estimerait que le nouveau processus de sélection des jurés donne lieu à une crainte raisonnable de partialité au point de priver l'accusé d'un procès équitable tenu devant un tribunal indépendant et impartial (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111 et 147; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, par. 49).

[32] Bien que l'attention de la Cour en l'espèce porte nécessairement sur l'abolition des récusations péremptoires, il nous est demandé d'examiner la constitutionnalité du processus de sélection des jurés dans son ensemble, y compris des aspects de ce processus qui ont survécu au projet de loi C-75 et de ceux que le Parlement a modifiés en même temps qu'il a aboli les récusations péremptoires. Nous sommes d'avis que le régime de sélection des jurés qui s'applique depuis que le Parlement a adopté le projet de loi C-75 continue de garantir la formation du jury indépendant et impartial auquel chaque accusé a droit aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*.

[33] Tant le juge du procès que la Cour d'appel ont reconnu, avec raison, que les aspects du régime de sélection des jurés qui ont survécu aux modifications apportées par le projet de loi C-75 contribuent grandement à garantir à la fois l'indépendance et l'impartialité des jurys. Ces protections commencent bien avant que l'accusé ne compare en salle d'audience pour sélectionner les jurés. Les autorités provinciales sont constamment à l'œuvre pour dresser une liste représentative de jurés admissibles, dans le cadre d'un processus offrant à un large échantillon de la société une possibilité honnête d'exercer la fonction de juré (*Kokopenace*, par. 61).

[34] Quand des candidats jurés sont choisis de manière aléatoire à partir de la liste et sont invités à

duty, their names are again randomly drawn from among a collection of cards “thoroughly shaken together” in order to serve on the jury that will ultimately try the accused (*Criminal Code*, s. 631(1) and (2)). The randomness of these processes bolsters the independence and impartiality of the jury (*Sherratt*, at pp. 520 and 525).

[35] As prospective jurors are drawn one by one in court, the *Criminal Code* provides for robust participation by both the trial judge and the parties in ensuring the impartiality of those who ultimately serve on the jury, even in the absence of peremptory challenges. In this regard, the Court of Appeal rightly emphasized the continued availability of an unlimited number of challenges for cause under s. 638(1)(b), which allow the accused to request the removal of a juror on the basis that the juror “is not impartial” after limited questioning. The Court of Appeal noted, too, that s. 632(c) permits trial judges to excuse jurors for reasons of “personal hardship or any other reasonable cause that, in the opinion of the judge, warrants that the juror be excused”. While the power to excuse jurors is not a substitute for a challenge for cause (*Sherratt*, at pp. 533-34), trial judges routinely excuse jurors at the outset of jury selection for a number of reasons. For instance, jurors who would find it “too difficult” to serve given the nature of the offences at issue in the trial are often excused (see *R. v. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 443), as are jurors who are “obviously partial” because they know a party in the trial or a witness who will testify (*R. v. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464 (C.A.), at pp. 292-93; *Barrow*, at p. 709).

[36] These procedures are important. They provide a mechanism for removing jurors whose impartiality is or may be in question, for any number of reasons, including that the jurors are unable to set aside a racial or other bias against the accused or complainant or they feel unable to sit through a trial involving the crimes at issue. In so doing, the procedures collectively ensure that each accused receives a fair trial before an independent and impartial jury, as required

se présenter pour exercer cette fonction, leurs noms sont de nouveau tirés au sort parmi ceux inscrits sur des cartes « mêlées complètement ensemble » pour faire partie du jury qui, en définitive, jugera l'accusé (*Code criminel*, par. 631(1) et (2)). Le caractère aléatoire de ce processus favorise l'indépendance et l'impartialité du jury (*Sherratt*, p. 520 et 525).

[35] Comme les futurs jurés sont tirés au sort un à un devant le tribunal, le *Code criminel* garantit une réelle participation, tant du juge du procès que des parties, pour garantir l'impartialité de ceux qui feront ultimement partie du jury, même en l'absence de récusations péremptoires. Sur ce point, la Cour d'appel a eu raison de mettre l'accent sur le maintien d'un nombre illimité de récusations motivées prévu à l'al. 638(1)b, qui permettent à l'accusé de demander le retrait d'un juré au motif que celui-ci [TRADUCTION] « n'est pas impartial », après lui avoir posé quelques questions. La Cour d'appel a aussi relevé que l'al. 632c) permet au juge du procès de dispenser un juré pour « toute raison valable qu'il considère comme acceptable, y compris un inconvénient personnel sérieux pour le juré ». Le pouvoir de dispenser ainsi un juré ne remplace pas une récusation motivée (*Sherratt*, p. 533-534), mais il est courant que le juge du procès dispense des jurés, pour diverses raisons, dès le début de la sélection du jury. Par exemple, les jurés qui estimerait [TRADUCTION] « trop difficile » d'exercer cette fonction compte tenu de la nature des infractions en cause dans le procès sont souvent dispensés (voir *R. c. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 443), tout comme ceux qui sont [TRADUCTION] « à l'évidence partiaux » parce qu'ils connaissent une des parties ou une personne qui témoignera (*R. c. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464 (C.A.), p. 292-293; *Barrow*, p. 709).

[36] Ces procédures ont leur importance. Elles constituent un mécanisme permettant d'exclure les jurés dont l'impartialité est ou pourrait être discutable, pour différentes raisons, notamment parce qu'ils seraient incapables de se départir d'un préjugé racial ou autre à l'égard de l'accusé ou du plaignant, ou parce qu'ils se sentent incapables d'assister à un procès où sera jugé les crimes en cause. Ainsi, considérées dans leur ensemble, les procédures

by s. 11(d) of the *Charter*. The abolition of peremptory challenges does not infringe this right.

[37] Nevertheless, we acknowledge that the abolition of peremptory challenges comes at a time of heightened public awareness of the role of racial prejudice in the criminal justice system. It is in these circumstances that the interveners before this Court spoke of the impact that the abolition of peremptory challenges would have on the diversity of the jury, and on the public's confidence in the integrity of its deliberations. Despite differences in their ultimate stance on peremptory challenges, each intervener came before this Court to advance the same core submission: diversity is fundamental to achieving a jury that is impartial to the accused and free from discrimination toward jurors and victims.

[38] As a constitutional matter, the jurisprudence has consistently declined to interpret the imperatives of jury representativeness and impartiality as requiring diversity among members of the jury (see *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, per McLachlin J. (as she then was); *Kokopenace*, at para. 42; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.), at para. 22; *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). Nor has the concept of impartiality ever rested on the accused's subjective confidence in each individual juror or on jurors sharing an aspect of their identity — including visible and non-visible characteristics — with the accused or victim (*Gayle*, at p. 38; *Biddle*, at para. 60, per McLachlin J. (as she then was)).

[39] To the extent our colleagues Abella and Côté JJ. maintain that the fair trial rights of an accused depend on the subjective perceptions of the accused (see Abella J.'s reasons, at paras. 205-6; Côté J.'s reasons, at paras. 310-11), we respectfully disagree. Each cites cases in which this Court has considered trial fairness from the perspective of the accused, but all of those cases explain that fairness also depends

garantissent que chaque accusé subit un procès équitable devant un jury indépendant et impartial, comme l'exige l'al. 11d) de la *Charte*. L'abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte à ce droit.

[37] Néanmoins, nous reconnaissons que l'abolition des récusations péremptoires survient à un moment où la population est plus consciente de l'influence des préjugés raciaux dans le système de justice criminelle. C'est dans ce contexte que les intervenants devant la Cour ont évoqué les effets qu'aurait l'abolition des récusations péremptoires sur la diversité du jury, ainsi que sur la confiance du public envers l'intégrité de ses délibérations. En dépit de divergences entre leurs positions respectives ultimes sur les récusations péremptoires, tous les intervenants se sont présentés devant la Cour pour défendre le même principe de base : soit que la diversité est essentielle si l'on veut obtenir un jury qui est impartial envers l'accusé et exempt de discrimination envers les jurés et les victimes.

[38] Au plan constitutionnel, les tribunaux ont toujours refusé de voir dans les impératifs de représentativité et d'impartialité des jurys une obligation de veiller à ce que leurs membres proviennent d'horizons différents (voir *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58, la juge McLachlin (plus tard juge en chef); *Kokopenace*, par. 42; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), par. 22; *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). La notion d'impartialité n'a jamais non plus reposé sur la confiance subjective de l'accusé dans le fait que chacun des jurés partage un aspect de son identité — dont une caractéristique visible ou non visible — avec l'accusé ou la victime (*Gayle*, p. 38; *Biddle*, par. 60, la juge McLachlin (plus tard juge en chef)).

[39] Dans la mesure où nos collègues les juges Abella et Côté soutiennent que le droit d'un accusé à un procès équitable dépend de ses perceptions subjectives (voir les motifs de la juge Abella, par. 205-206; les motifs de la juge Côté, par. 310-311), nous ne sommes pas d'accord. Elles citent toutes les deux des arrêts dans lesquels la Cour s'est penchée sur la notion de procès équitable du point

on the perspectives of the Crown and the broader community. In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, for instance, the accused undoubtedly saw it as unfair to be prosecuted on the basis of statements she gave in the United States that would have been excluded under the *Charter* had they been given in Canada. But her subjective perception of unfairness yielded to the objective view that, when she entered the U.S., she attorned to that country's laws which are "generally considered to be fair by standards in the free and democratic world" (para. 52). Conversely, in *Barrow*, it was unfair for the trial judge to have private, hushed conversations with prospective jurors concerning their requests to be excused on the basis of partiality — not just because the accused saw the secret procedure as unfair, but because any objective view of that procedure deprived the parties and the community of "the right to know that the jury is as impartial as is humanly possible" (para. 47). Likewise, in *Bain*, the Crown's exclusive power to stand aside an unlimited number of jurors rendered the trial unfair, not because the accused thought so, but because the "pervasive air of unfairness" of the stand asides would be apparent to "a reasonable person" (pp. 101 and 103). Contrary to the views of our colleagues, these cases demonstrate that the subjective perceptions of the accused alone have never driven the *Charter* analysis under s. 11(d).

[40] Respectfully, we cannot endorse a view of jury selection which measures a juror's impartiality by whether that juror shares a characteristic of their identity with the accused or the victim. We also observe that absolute diversity on a jury is unattainable, as no group of 12 could ever represent the "innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society" (*Kokopenace*, at para. 43; see also *Biddle*, at para. 58, per McLachlin J.).

de vue de l'accusé, mais tous ces arrêts expliquent que l'équité dépend également des perspectives de la Couronne et de la communauté au sens large. Dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par exemple, l'accusée considérait assurément qu'il était inéquitable qu'elle soit poursuivie sur le fondement de déclarations qu'elle avait faites aux États-Unis et qui auraient été exclues en application de la *Charte* si elle les avait faites au Canada. Or, sa perception subjective d'iniquité a été supplantée par le point de vue objectif selon lequel, lorsqu'elle est entrée aux États-Unis, elle s'est soumise aux lois de ce pays qui sont « généralement considérées comme justes selon les normes du monde libre et démocratique » (par. 52). Inversement, dans l'arrêt *Barrow*, il a été jugé inéquitable que le juge du procès ait des conversations privées, à voix basse, avec des candidats jurés relativement à leur demande d'être dispensés pour cause de partialité — non pas uniquement parce que l'accusé était d'avis que la procédure secrète était inéquitable, mais également parce que tout regard objectif mènerait à conclure que ce processus prive les parties et la communauté du « droit de savoir que le jury est aussi impartial qu'il est humainement possible de l'être » (par. 47). De même, dans l'affaire *Bain*, le pouvoir exclusif de la Couronne de mettre à l'écart un nombre illimité de jurés a rendu le procès inéquitable, non pas parce que l'accusé l'a jugé tel, mais parce qu'une « personne raisonnable » ressentirait à l'égard des mises à l'écart une « impression profonde d'injustice » (p. 101 et 103). Contrairement à ce qu'affirment nos collègues, ces causes illustrent que les perceptions subjectives de l'accusé à elles seules n'ont jamais motivé l'analyse de la *Charte* en ce qui a trait à l'al. 11d).

[40] Avec égards, nous ne pouvons souscrire à une vision du processus de sélection des jurés qui mesure l'impartialité d'un juré en fonction du fait qu'il partage ou non une caractéristique identitaire avec l'accusé ou la victime. Nous observons aussi que l'absolue diversité au sein d'un jury est illusoire, puisqu'aucun groupe de 12 personnes ne pourra jamais représenter « les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle » (*Kokopenace*, par. 43; voir aussi *Biddle*, par. 58, la juge McLachlin).

[41] In any event, the abolition of peremptory challenges will go far to minimizing the occurrence of homogenous juries. The in-court jury selection process, and in particular the peremptory challenge, has long undermined the provincial governments' efforts to compile jury rosters that bring together a "representative cross-section of society, honestly and fairly chosen" (*Sherratt*, at p. 524; see also *Kokopenace*, at paras. 39-40). An example of this is presented by the trial which prompted Parliament to abolish peremptory challenges — the trial of Gerald Stanley, who was charged with the murder of Colten Boushie, a young Indigenous man. During the jury selection process, Mr. Stanley used peremptory challenges to exclude five Indigenous prospective jurors from the jury. Absent peremptory challenges, that trial almost certainly would have had a more racially diverse jury, since Mr. Stanley could not have objected peremptorily to the five Indigenous persons who were drawn from the jury panel.

[42] On this point, the Iacobucci Report is instructive. By way of explanation, it made extensive recommendations for improving Indigenous representation on jury rolls in Ontario. For example, the province could draw the names of eligible jurors from comprehensive databases such as those kept by the ministries of health and transportation; it could simplify the language on jury questionnaires; it could provide opportunities for citizens to volunteer to serve as jurors; and it could provide translation services to jurors at trial. But the Report also spoke of the potential deleterious impact of peremptory challenges on such efforts, concluding that even if *every recommendation* were "implemented to its fullest", Indigenous representation on juries "could still be significantly undermined through discriminatory use of peremptory challenges" (para. 376).

[43] It follows, then, that Parliament, in abolishing peremptory challenges, sought to give greater effect to provincial initiatives to increase jury

[41] Quoi qu'il en soit, l'abolition des récusations péremptoires contribuera grandement à minimiser la survenance de jurys homogènes. Le processus de sélection des jurés en salle d'audience, et en particulier la récusation péremptoire, a longtemps miné les mesures prises par les gouvernements provinciaux pour établir des listes de jurés aptes à produire un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524; voir aussi *Kokopenace*, par. 39-40). À titre d'exemple, nous songeons au procès qui a conduit le Parlement à abolir les récusations péremptoires — le procès de Gerald Stanley, qui était accusé du meurtre de Colten Boushie, un jeune Autochtone. Durant le processus de sélection des jurés, M. Stanley avait recouru à des récusations péremptoires pour écarter du jury cinq candidats jurés autochtones. En l'absence de récusations péremptoires, ce procès se serait presque certainement déroulé devant un jury plus diversifié sur le plan racial, puisque M. Stanley n'aurait pas pu user de ces récusations pour écarter les cinq personnes autochtones qui avaient été tirées au sort parmi le tableau des jurés.

[42] Sur ce point, le Rapport Iacobucci est instructif. À titre d'explication, il contenait des recommandations détaillées pour améliorer la représentation autochtone dans les listes de jurés en Ontario. Par exemple, la province pourrait tirer au sort les noms de jurés admissibles à partir de bases de données complètes, telles celles que conservent les ministères de la Santé et des Transports; elle pourrait simplifier le libellé des questionnaires soumis aux jurés; elle pourrait donner la possibilité aux citoyens de se porter volontaire pour siéger comme jurés; et elle pourrait fournir des services de traduction aux jurés durant le procès. Mais le Rapport évoquait aussi les possibles répercussions préjudiciables des récusations péremptoires sur de telles mesures, concluant que, même si *tous les changements proposés* étaient « instaurés de façon intégrale », la représentation autochtone dans les jurys « pourrait malgré tout être sérieusement entravé[e] par un recours discriminatoire aux récusations péremptoires » (par. 376).

[43] Par conséquent, en abolissant les récusations péremptoires, le Parlement cherchait à amplifier l'effet des mesures prises par les provinces pour

representativeness, which in turn should enhance the diversity of jury composition. To that end, the provinces are free and even encouraged to act to increase the diversity of those who appear for jury duty, including by pursuing the measures identified in the Iacobucci Report (see also *Kokopenace*, at paras. 126-27). In all cases, however, the provinces' constitutional obligation requires them to make "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" (*Kokopenace*, at para. 61 (emphasis added)). As we will explain, it is these structural measures, and not the isolated discretionary decisions of trial judges, that should be relied upon to preserve and enhance the representativeness of juries in Canada, or to address any ill effects thereon arising from societal inequalities.

[44] We pause here to remark upon the analysis of our colleague, Abella J., as it relates to the constitutionality of the amendments abolishing peremptory challenges. While our colleague concludes that the amendments are constitutional, the substance of her reasons actually supports the opposite conclusion. This is borne out by the inestimable value she ascribes to peremptory challenges, treating them as an integral component of an accused person's right, under s. 11(d) of the *Charter*, to a fair trial by an independent and impartial jury. She says, for example:

Abolishing peremptory challenges, therefore, diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed in ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. It is hard to think of anything that has a more direct impact on an accused's fair trial rights than the perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury.

accroître la représentativité des jurys, laquelle à son tour devrait donner lieu à une composition plus diversifiée de ces derniers. À cette fin, les provinces sont libres, et même encouragées, à agir pour accroître la diversité de ceux qui se présentent pour occuper la fonction de juré, y compris en appliquant les mesures identifiées par le Rapport Iacobucci (voir aussi *Kokopenace*, par. 126-127). Cela dit, quoi qu'il en soit, les provinces ont l'obligation constitutionnelle de faire « 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 jurés aux personnes choisies au hasard » (*Kokopenace*, par. 61 (nous soulignons)). Comme nous l'expliquerons, c'est sur ces mesures structurelles, et non sur des décisions discrétionnaires isolées de juges du procès, qu'il faut s'appuyer pour maintenir et accroître la représentativité des jurys au Canada, ou pour remédier aux effets néfastes des inégalités sociales sur elle.

[44] Nous faisons une parenthèse ici pour formuler des remarques quant à l'analyse de notre collègue, la juge Abella, en ce qui a trait à la constitutionnalité des modifications abolissant les récusations péremptoires. Bien qu'elle conclue que ces modifications sont constitutionnelles, la teneur de ses motifs soutient en fait la conclusion opposée. Cela découle de la valeur inestimable qu'elle attribue aux récusations péremptoires, les traitant comme une composante intégrale du droit de l'accusé, protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Elle affirme par exemple :

L'abolition des récusations péremptoires a donc restreint le droit de l'accusé de participer utilement à la sélection du jury et d'influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé de participer à la sélection d'un jury impartial et représentatif, qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir quelque chose qui a une incidence plus directe sur le droit de l'accusé à un procès équitable que la perception qu'il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif.



Peremptory challenges were one of the core safeguards that ensured the impartiality of the jury. [Emphasis added; paras. 206 and 211.]

[45] Our colleague’s observations effectively, if not explicitly, state the conclusion that peremptory challenges cannot be abolished without infringing the s. 11(d) right of accused persons. We acknowledge that our colleague then seeks to cushion this by suggesting that the other Bill C-75 amendments — empowering trial judges to adjudicate challenges for cause and to stand aside prospective jurors for reasons of “maintaining public confidence in the administration of justice” — compensate for the lost ability of accused persons to veto prospective jurors, *so long as* these new powers are exercised “vigorously” by trial judges. In other words, the constitutionality of the scheme hinges on the exercise of discretion. We make no comment on whether the constitutionality of legislation could depend on how the discretion it confers is ultimately exercised. But, were this even possible, it would (on our colleague’s understanding) require the trial judge to exercise these new powers in a manner which restores the accused’s subjective perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury, thereby effectively giving accused persons the veto power that has been taken away from them.

[46] In our respectful view, our colleague has very much overstated the value of peremptory challenges. In doing so, she all but overlooks the substantial body of scholarly commentary which places considerable responsibility on peremptory challenges for undermining the diversity of juries. For instance, our colleague relies on an article by Professor Roach, who in fact advocates for the abolition of peremptory challenges. As Professor Roach concludes, “[e]quality cuts both ways” and the accused “does not have a Charter right to peremptory challenges or racist uses of them” (pp. 274-75 (emphasis added)).

Les récusations péremptoires étaient une des mesures de protection principales qui assuraient l’impartialité du jury. [Nous soulignons; par. 206 et 211.]

[45] Dans les faits, si ce n’est explicitement, les observations de notre collègue énoncent la conclusion que les récusations péremptoires ne peuvent être abolies sans qu’il soit porté atteinte au droit garanti à l’accusé par l’al. 11d). Nous reconnaissons que notre collègue tente ensuite d’atténuer cette affirmation en suggérant que les autres modifications apportées par le projet de loi C-75 — soit le fait de conférer au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et de mettre à l’écart des candidats jurés afin d’assurer « le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » — compensent pour la perte de capacité de l’accusé à opposer son veto aux candidats jurés, *tant que* ces nouveaux pouvoirs sont exercés « vigoureusement » par le juge du procès. Autrement dit, la constitutionnalité du régime reposerait sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si la constitutionnalité d’une loi peut dépendre de la façon dont un pouvoir discrétionnaire qu’elle confère est exercé en définitive. Cependant, en supposant que cela soit même possible, il faudrait (selon l’interprétation de notre collègue) que le juge du procès exerce ces nouveaux pouvoirs de manière à restaurer la perception subjective de l’accusé qu’il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif, conférant ainsi de fait à l’accusé le veto qui lui a été retiré.

[46] À notre avis, notre collègue a nettement exagéré la valeur des récusations péremptoires. Ce faisant, elle fait fi de l’abondante doctrine selon laquelle ces récusations sont en grande partie responsables d’avoir miné la diversité des jurys. Par exemple, notre collègue se fonde sur un article du professeur Roach qui plaide en fait pour l’abolition des récusations péremptoires. En effet, comme le professeur Roach le conclut, [TRADUCTION] « [l]’égalité va dans les deux sens » et l’accusé « n’a pas un droit reconnu par la *Charte* à des récusations péremptoires ou à celui d’en faire un usage raciste » (p. 274-275 (nous soulignons)).

[47] Finally, before proceeding to the s. 11(f) issue, and given the parties' and interveners' extensive submissions on these matters, we wish to highlight the opportunities that the parties in criminal trials have to raise and address concerns about juror partiality and bias. First, in appropriate cases, trial judges should consider crafting jury charges and mid-trial instructions that caution against the risk that bias, racial or otherwise, will taint the integrity of the jury's deliberations. Second, the challenge for cause provisions under s. 638 of the *Criminal Code* continue to provide a robust mechanism for accused persons to raise concerns about a potential juror's partiality. Third, the amended stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* further accounts for any gap that may have been left by the abolition of peremptory challenges. We discuss each of these in turn, but emphasize that, contrary to the views expressed by our colleague Martin J., our reasons on these matters do not constitute unnecessary *obiter dicta*. In light of our colleague Abella J.'s conclusion — echoing the submissions of many interveners — that the constitutionality of the abolition of peremptory challenges depends upon the trial judge's "vigorous exercise" of challenges for cause and the stand-aside power, we find it necessary to explain the limits of these powers. We must also respectfully emphasize, however, that, contrary to the views of Côté J. (para. 231), Mr. Chouhan's s. 11(d) rights were not prejudiced because his trial proceeded without the guidance we provide below.

(a) *Jury Instructions*

[48] Although our jury system depends on the impartiality of each juror, it does not demand that jurors be neutral. This Court explained the distinction between impartiality and neutrality in *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43:

[47] Finalement, avant de passer à la question de l'al. 11f), et compte tenu des observations détaillées des parties et des intervenants sur ces questions, nous voudrions mettre en lumière les occasions dont disposent les parties à un procès criminel de soulever et de dissiper des craintes quant à la partialité et aux partis pris des jurés. Premièrement, le cas échéant, le juge du procès devrait songer à élaborer des directives au jury et des directives de mi-procès qui mettent en garde contre le risque d'une atteinte à l'intégrité des délibérations du jury pour cause de partis pris, raciaux ou autres. Deuxièmement, l'art. 638 du *Code criminel*, qui concerne les récusations motivées, offre toujours à l'accusé une réelle possibilité d'émettre des doutes quant à la partialité d'un candidat juré. Troisièmement, le pouvoir modifié de mise à l'écart prévu à l'art. 633 du *Code criminel* permet par ailleurs de combler toute lacune qui a pu être créée par suite de l'abolition des récusations péremptoires. Nous examinerons tour à tour chacun de ces trois éléments, mais nous soulignons que, contrairement à l'opinion exprimée par notre collègue la juge Martin, nos motifs sur ces questions ne sont pas des remarques incidentes superflues. À la lumière de la conclusion de notre collègue la juge Abella — qui fait écho aux observations de nombreux intervenants — selon laquelle la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires dépend de l'« exerc[ice] vigoureux[x] » des récusations motivées et du pouvoir de mise à l'écart par le juge du procès, nous estimons qu'il est nécessaire d'expliquer les limites de ces pouvoirs. Nous devons toutefois également souligner avec égards que, contrairement à l'opinion de la juge Côté (par. 231), il n'a pas été porté atteinte au droit de M. Chouhan protégé par l'al. 11d) du fait que son procès s'est déroulé sans le bénéfice des indications que nous fournissons dans la suite des présents motifs.

a) *Directives au jury*

[48] Notre système de jury repose sur l'impartialité de chaque juré, mais il n'exige pas des jurés qu'ils soient neutres. La Cour a expliqué la distinction à faire entre impartialité et neutralité dans l'arrêt *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43 :

Impartiality does not require that the juror's mind be a blank slate. Nor does it require jurors to jettison all opinions, beliefs, knowledge and other accumulations of life experience as they step into the jury box. Jurors are human beings, whose life experiences inform their deliberations.

But the life experiences that jurors may legitimately bring to their deliberations cannot interfere with their responsibility to approach the case with “an open mind, one that is free from bias, prejudice, or sympathy” (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 195).

[49] In our view, jury instructions have a critical role to play in ensuring that jurors approach their deliberations free from bias. Jury instructions can respond to a significant danger of biased reasoning, which is that many biases are unconscious: individuals often do not recognize they hold a particular bias and would likely, and honestly, deny having it if asked (M. L. Breger, “Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial” (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039, at p. 1044). And jurors must be made aware of their own unconscious biases if the influence of biased reasoning is to be eliminated (p. 1057; C. R. Lawrence III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism” (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317, at p. 331; F. E. Marouf, “Implicit Bias and Immigration Courts” (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417, at pp. 447-48; A. Su, “A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury” (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79, at p. 90). In appropriate cases, therefore, trial judges should consider providing the jury with instructions that will “expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface, thereby allowing all justice system participants to address them head-on — openly, honestly, and without fear” (*Barton*, at para. 197). Such instructions can add a measure of self-consciousness and introspection that fosters objectivity and fairness over the course of the jury's deliberations (Su, at p. 90).

L'impartialité n'exige pas que les jurés aient l'esprit vide ou qu'ils fassent abstraction de leurs opinions, croyances, connaissances et autre bagage d'expérience dès qu'ils prennent place sur le banc qui leur est réservé. Les jurés sont des êtres humains et leur vécu éclaire leurs délibérations.

Cela dit, les expériences personnelles que les jurés peuvent légitimement apporter à leurs délibérations ne peuvent entraver leur obligation d'examiner la cause avec « un esprit ouvert, où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé, ni aucune sympathie » (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 195).

[49] À notre avis, les directives au jury ont un rôle crucial à jouer pour faire en sorte que les jurés abordent leurs délibérations sans parti pris. Elles peuvent s'attaquer à un risque significatif de raisonnement biaisé, ce risque étant que de nombreux partis pris sont inconscients; en effet, souvent, une personne ne reconnaîtra pas avoir un parti pris donné et, si on le lui demande, elle niera probablement, et honnêtement, l'avoir (M. L. Breger, « Making the Invisible Visible : Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial » (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039, p. 1044). Ainsi, les jurés doivent être informés et prendre conscience de leurs propres partis pris inconscients si l'on veut dissiper les effets d'un raisonnement biaisé (p. 1057; C. R. Lawrence III, « The Id, the Ego, and Equal Protection : Reckoning with Unconscious Racism » (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317, p. 331; F. E. Marouf, « Implicit Bias and Immigration Courts » (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417, p. 447-448; A. Su, « A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury » (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79, p. 90). Le cas échéant, le juge du procès devrait donc songer à donner au jury des directives qui puissent « mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés, permettant ainsi à tous les intervenants du système de justice de s'y attaquer de front — ouvertement, en toute honnêteté et sans crainte » (*Barton*, par. 197). De telles directives pourront ajouter une dose de conscience de soi et d'introspection qui favorisera l'objectivité et l'équité tout au long des délibérations du jury (Su, p. 90).

[50] Anti-bias instructions will be appropriate wherever “specific biases, prejudices, and stereotypes . . . may reasonably be expected to arise in the particular case” (*Barton*, at para. 203). This is not because of some freestanding notion or interpretive principle of “substantive equality”, as our colleague Martin J. suggests (at para. 110), but because impartiality is inherently attuned to the concept of bias. As our understanding of the nature of bias evolves, so will our understanding of what a trial judge must do to foster impartiality among members of the jury. Informed by recent case law and a modern understanding of impartiality, trial judges may therefore draw on their own professional experiences and good sense in deciding whether anti-bias instructions are required, and the submissions of counsel will be helpful in identifying appropriate cases for such instructions. The reality is that context matters: no trial “take[s] place in a historical, cultural, or social vacuum” (*Barton*, at para. 198). Participants in the justice system must remain vigilant in identifying and addressing the unconscious biases that might taint the integrity of jury deliberations.

[51] As to the content of anti-bias instructions, the basic principles that this Court enunciated in *Barton* bear repeating:

. . . there is no magic formula. In my view, trial judges should be given discretion to tailor the instruction to the particular circumstances, preferably after having consulted with the Crown and the defence . . .

...

With regard to trial fairness, it is worth emphasizing that any instruction given must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would instead be to identify specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury’s deliberative process in a fair, balanced way, without

[50] Il conviendra de formuler des directives de mise en garde chaque fois que cela sera nécessaire pour prévenir « les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée » (*Barton*, par. 203). Contrairement à ce que suggère notre collègue la juge Martin (par. 110), cela ne découle pas d’une notion indépendante ou du principe interprétatif d’« égalité réelle », mais du fait que l’impartialité est intrinsèquement liée à la notion de parti pris. Tout comme notre conception de ce que constitue un parti pris évolue, celle de ce qu’un juge du procès doit faire pour favoriser l’impartialité des membres du jury évoluera aussi. S’appuyant sur la jurisprudence récente et sur un concept moderne de l’impartialité, le juge du procès pourra donc puiser dans sa propre expérience professionnelle et faire preuve de bon sens pour décider de l’opportunité de formuler des directives contre les partis pris, et les observations des avocats lui seront utiles pour déterminer si un cas donné requiert de telles directives. Il se trouve que le contexte ne peut être ignoré : aucun procès « ne se tien[t] [. . .] en l’absence de tout contexte historique, culturel ou social » (*Barton*, par. 198). Les acteurs du système judiciaire doivent se montrer vigilants pour cerner et traiter les partis pris inconscients qui risquent de nuire à l’intégrité des délibérations du jury.

[51] Quant au contenu des directives mettant en garde contre les partis pris, il convient de rappeler ici les principes de base que la Cour a énoncés dans l’arrêt *Barton* :

. . . il n’y a pas de formule magique. À mon avis, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d’adapter la directive aux circonstances propres à l’espèce, de préférence après avoir consulté le ministère public et la défense . . .

...

En ce qui concerne l’équité du procès, il convient de souligner que toute directive donnée ne doit pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des

prejudicing the accused. [Emphasis added, paras. 201 and 203.]

[52] With these principles in mind, we suggest two types of jury instructions that can address the risk of bias in appropriate cases: (i) general instructions on biases and stereotypes; and (ii) instructions on specific biases and stereotypes that arise on the facts of the case.

(i) General Anti-Bias Instructions

[53] Where anti-bias instructions are required, they ought to come early, before the presentation of evidence, and at any other time that the trial judge deems appropriate, including when the panel of prospective jurors is assembled in the courtroom at the outset of jury selection. We suggest that trial judges begin by pointing out that as members of society, each juror brings a variety of beliefs, assumptions, and perceptions to the court room. These assumptions will often be based on characteristics such as gender, race, ethnicity, sexual orientation, or employment status. Trial judges ought to highlight that jurors may be aware of some of their biases while being unaware of others. These unconscious biases may be based on implicit attitudes, namely “feelings that one has about a particular group”, or stereotypes, namely “traits that one associates with a particular group” (A. Roberts, “(Re)forming the Jury: Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias” (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827, at p. 833).

[54] Trial judges should exhort jurors to approach their weighty task with a heavy dose of self-consciousness and introspection. Jurors must identify and set aside prejudices or stereotypes when considering the evidence of any given witness and when reaching a verdict (see, generally, G. A. Ferguson and M. R. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 1.02A-1 to 1.02A-7; M. K. Thompson, “Bias

jurés d’une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l’accusé. [Nous soulignons, par. 201 et 203.]

[52] Gardant ces principes à l’esprit, nous proposons deux types de directives au jury qui peuvent dissiper les risques de partis pris le cas échéant : (i) des directives générales sur les partis pris et les stéréotypes; et (ii) des directives sur les partis pris et stéréotypes particuliers que font apparaître les faits de l’affaire en cause.

(i) Directives générales de mise en garde contre les partis pris

[53] Lorsque des directives de mise en garde contre les partis pris sont de mise, elles doivent être formulées tôt, avant la présentation de la preuve, et à tout autre moment que le juge du procès croit opportun, y compris lorsque tous les candidats jurés du tableau sont réunis dans la salle d’audience avant que ne s’amorce la sélection des jurés. Nous préconisons que le juge du procès commence par faire observer que, en tant que membre de la société, chaque juré apporte dans la salle d’audience une diversité de convictions, d’idées préconçues et de perceptions. Ces idées préconçues sont souvent fondées sur des caractéristiques telles que le genre, la race, l’origine ethnique, l’orientation sexuelle, ou le statut professionnel. Le juge du procès devrait souligner que les jurés sont parfois conscients de certains de leurs partis pris sans avoir conscience des autres. Ces partis pris inconscients peuvent se fonder sur des attitudes implicites, à savoir [TRADUCTION] « les sentiments que nous inspire un groupe », ou sur des stéréotypes, à savoir « les caractéristiques que l’on associe à un groupe donné » (A. Roberts, « (Re)forming the Jury : Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias » (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827, p. 833).

[54] Le juge du procès devrait exhorter les jurés à aborder leur lourde tâche avec une bonne dose de conscience de soi et d’introspection. Ils doivent s’efforcer de cerner et d’évacuer leurs préjugés ou stéréotypes au moment de considérer la déposition des témoins et de rendre un verdict (voir, de manière générale, G. A. Ferguson et M. R. Dambrot, *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1.02A-1 à 1.02A-7;

on Trial: Towards an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom” (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243, at pp. 1301-6).

[55] We offer these suggestions by way of example but stress that refinement will be necessary, in particular to meet the submissions by Crown and defence counsel in each individual case.

(ii) Instructions on Specific Biases and Stereotypes

[56] Any number of specific biases or stereotypes could arise in a given case. These biases or stereotypes may pose a significant challenge to the public interest in truth-finding that characterizes all criminal prosecutions in this country (Ferguson and Dambrot, at p. 1.02A-2; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 109; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577). When tailoring bias instructions to a specific trial, trial judges and counsel should consider the relevance of context and the harmful nature of stereotypical assumptions or myths.

[57] It is impossible to highlight every bias that could conceivably affect a jury trial. By way of example, this Court identified some specific biases that arose on the facts of *Barton*, which involved the killing of an Indigenous sex worker:

In a case like the present, the trial judge might consider explaining to the jury that Indigenous people in Canada — and in particular Indigenous women and girls — have been subjected to a long history of colonization and systemic racism, the effects of which continue to be felt. The trial judge might also dispel a number of troubling stereotypical assumptions about Indigenous women who perform sex work, including that such persons:

- are not entitled to the same protections the criminal justice system promises other Canadians;

M. K. Thompson, « Bias on Trial : Towards an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom » (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243, p. 1301-1306).

[55] Nous offrons ces recommandations à titre d’exemple, mais nous tenons à dire qu’elles devront être étoffées, notamment pour tenir compte des observations de la Couronne et de l’avocat de la défense dans chaque cas particulier.

(ii) Directives de mise en garde contre des partis pris et stéréotypes particuliers

[56] Un nombre indéfini de partis pris ou de stéréotypes particuliers pourraient surgir dans une cause donnée. Ces partis pris ou stéréotypes risquent de compromettre sérieusement l’intérêt du public à ce que soit découverte la vérité, finalité de toute poursuite criminelle engagée dans ce pays (Ferguson et Dambrot, p. 1.02A-2; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 109; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577). Pour adapter les directives de mise en garde contre les partis pris à un procès donné, le juge et les avocats devraient songer à la pertinence du contexte et à l’effet pernicieux des idées préconçues ainsi que des mythes fondés sur des stéréotypes.

[57] Il est impossible d’énumérer tous les partis pris qui pourraient faire dévier un procès avec jury. À titre d’exemple, la Cour a recensé certains partis pris particuliers qui ont émergé dans l’affaire *Barton* relative au meurtre d’une travailleuse du sexe autochtone :

Dans un cas comme celui qui nous occupe, le juge du procès pourrait songer à expliquer au jury que les Autochtones au Canada — et plus particulièrement les femmes et les filles autochtones — ont subi une longue période de colonisation et un racisme systémique dont les effets se font encore sentir. Le juge du procès pourrait également dissiper un certain nombre de suppositions stéréotypées troublantes concernant les femmes autochtones qui travaillent dans l’industrie du sexe, notamment celles selon lesquelles ces personnes :

- n’ont pas droit aux mêmes protections que celles qu’offre le système de justice pénale aux autres Canadiens;

- are not deserving of respect, humanity, and dignity;
  - are sexual objects for male gratification;
  - need not give consent to sexual activity and are “available for the taking”;
  - assume the risk of any harm that befalls them because they engage in a dangerous form of work; and
  - are less credible than other people. [para. 201]
- ne méritent pas d’être traitées avec respect, humanité et dignité;
  - sont des objets sexuels destinés à procurer du plaisir aux hommes;
  - n’ont pas besoin de donner leur consentement à l’activité sexuelle et que [TRADUCTION] « l’on a qu’à les prendre »;
  - acceptent le risque qu’il puisse leur arriver quelque chose de mal parce qu’elles font un travail dangereux;
  - sont moins crédibles que d’autres personnes. [par. 201]

This Court has also recognized other examples of impermissible myth-based reasoning in the context of sexual assault prosecutions (see *Seaboyer*, at p. 612; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 63; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 82 and 95, per L’Heureux-Dubé J., and at para. 103, per McLachlin J.).

[58] The trial judge must be alive to the particularities of each individual trial that might present the danger of a juror being influenced by unconscious bias. Recognizing that there is no “magic formula”, trial judges should identify the characteristics of the parties or the witnesses that give rise to the risk of unconscious bias, dispel common stereotypes, and direct the jurors to decide the case with an open mind based on the evidence before them (Ferguson and Dambrot, at p. 1.02A-7). The submissions of counsel will be integral to this process.

[59] Such instructions should not be taken as criticizing past or future jurors. They merely recognize that the benefit of human experience which the jury brings to the criminal process can also be tainted by prejudices and stereotypes. Indeed, this Court has recognized that “[w]hen jurors are sworn and empanelled, Canadian society tasks them with a weighty responsibility: deciding whether, on the evidence put before them, the accused is guilty or not. This task is not easy — it requires patience, judgment, and careful analysis” (*Barton*, at para. 195). These

La Cour a aussi relevé, dans des affaires d’agression sexuelle, d’autres exemples de raisonnements inacceptables fondés sur des mythes (voir *Seaboyer*, p. 612; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 63; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 82 et 95, la juge L’Heureux-Dubé, et par. 103, la juge McLachlin).

[58] Le juge du procès doit être attentif aux particularités du procès qui pourraient laisser craindre qu’un juré soit influencé par un parti pris inconscient. Reconnaissant qu’il n’existe pas de « formule magique », le juge du procès doit s’efforcer de déceler les singularités des parties ou des témoins de nature à faire craindre un parti pris inconscient, de dissiper les stéréotypes courants et d’enjoindre aux jurés de juger l’affaire avec un esprit ouvert, en s’appuyant sur la preuve qui leur aura été présentée (Ferguson et Dambrot, p. 1.02A-7). Les observations des avocats feront partie intégrante de ce processus.

[59] De telles directives ne doivent pas être vues comme une admonestation adressée à des jurés passés ou futurs. Elles reconnaissent simplement que la précieuse expérience humaine que le jury apporte à la procédure criminelle peut aussi être corrompue par des préjugés et des stéréotypes. La Cour a d’ailleurs reconnu que « [l]orsque les jurés sont assermentés et choisis pour constituer le jury, la société canadienne leur confie une lourde tâche : décider si, compte tenu de la preuve dont ils disposent, l’accusé est coupable ou non coupable. Il ne s’agit pas d’une tâche

instructions continue to emphasize the disposition of self-consciousness and introspection that jurors must maintain in discharging their duties.

(b) *The Challenge for Cause Procedure*

[60] Concerns about the impartiality of a given juror may be better addressed through the challenge for cause process than through the exercise of peremptory challenges (see Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (March 2018) (online); Roach; A. Page, “Batson’s Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge” (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155, at p. 262). Challenges for cause, unlike peremptory challenges, are unlimited. More importantly, they are not readily susceptible to abuse, as their focus is on transparency and openness, rather than hidden assumptions about a juror’s attitudes (C. Petersen, “Institutionalized Racism: The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process” (1993), 38 *McGill L.J.* 147, at p. 175).

[61] Accordingly, this case presents an opportunity to comment on the procedure for challenges for cause given our growing knowledge of the ways in which unconscious bias can affect the impartiality of a juror. This Court has “faced up to” the fact that racial prejudice and discrimination are present in society and must be directly addressed in the selection of jurors (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 1). We therefore acknowledge that a wide range of characteristics — not just race — can create a risk of prejudice and discrimination, and are the proper subject of questioning on a challenge for cause.

[62] While widespread bias cannot be presumed in all cases, the parties do not face an onerous burden for raising a challenge for cause. The accused person or the Crown must merely demonstrate a reasonable possibility that bias or prejudicial attitudes exist in

facile — elle exige de la patience, du jugement et une analyse minutieuse » (*Barton*, par. 195). Ces directives continuent de mettre en avant la conscience de soi et l’introspection que les jurés doivent conserver en s’acquittant de leurs obligations.

b) *La procédure de récusation motivée*

[60] Les doutes sur l’impartialité d’un juré pourraient être mieux dissipés au moyen des récusations motivées qu’au moyen des récusations péremptoires (voir Canada, ministère de la Justice, « *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* » (mars 2018) (en ligne); Roach; A. Page, « *Batson’s Blind-Spot : Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge* » (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155, p. 262). Les premières, contrairement aux secondes, sont illimitées. Mais surtout, elles ne se prêtent pas facilement à l’abus, puisqu’elles reposent sur la transparence et l’ouverture, plutôt que sur des idées occultes concernant les attitudes d’un juré (C. Petersen, « *Institutionalized Racism : The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process* » (1993), 38 *R.D. McGill* 147, p. 175).

[61] La présente cause offre donc une occasion de commenter la procédure des récusations motivées, compte tenu de nos connaissances croissantes quant aux façons dont les partis pris inconscients peuvent affecter l’impartialité d’un juré. La Cour « a dû se rendre à l’évidence » : les préjugés raciaux et la discrimination existent dans la société et il faut s’y attaquer directement lors de la sélection des jurés (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 1). Nous reconnaissons donc qu’un large éventail de caractéristiques — pas seulement la race — peuvent engendrer un risque de préjugé et de discrimination, et qu’elles constituent à juste titre l’objet du questionnement lors d’une récusation motivée.

[62] Bien que l’on ne puisse présumer de partis pris généralisés dans toutes les causes, les parties ne sont pas aux prises avec un lourd fardeau lorsqu’elles recourent à une récusation motivée. Il suffit que l’accusé ou la Couronne établisse la possibilité



the community, with respect to relevant characteristics of the accused or victim, and could taint the impartiality of the jurors. In most cases, expert evidence will not be necessary: challenges for cause must be available wherever the experience of the trial judge, in consultation with counsel, dictates that, in the case before them, a realistic potential for partiality arises. The trial judge necessarily enjoys significant discretion to determine how and under what circumstances the presumption of impartiality will be displaced, and how far the parties may go in the questions that are asked on a challenge for cause (*Spence*, at para. 24; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 55; *Find*, at para. 45).

[63] In our view, the challenge for cause procedure is itself a vehicle for promoting active self-consciousness and introspection that militate against unconscious biases. The prospective juror, who, when empanelled, steps into an adjudicative role must bring to bear a degree of impartiality similar to that of judges. Impartiality requires active and conscientious work. It is not a passive state or inherent personality trait. It requires jurors to be aware of their own personal beliefs and experiences, and to be “equally open to, and consider the views of, all parties before them” (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 40). Given these principles, the questioning on a challenge for cause ought to be able to explore the juror’s willingness to identify unconscious bias and strive to cast it aside when serving on the jury (*Find*, at para. 40).

[64] Appropriate questions on a challenge for cause will ask prospective jurors for their opinion as it relates to salient aspects of the case. For instance, counsel may point to characteristics of the accused, complainant or victim, such as race, addiction, religion, occupation, sexual orientation or gender expression, and ask prospective jurors whether, in light of such characteristics, they would have difficulty judging the case solely on the evidence and the trial

raisonnable de l’existence d’un parti pris ou d’attitudes préjudiciables dans la collectivité, en ce qui concerne des caractéristiques pertinentes de l’accusé ou de la victime, et montre que ce parti pris ou ces attitudes risquent de compromettre l’impartialité des jurés. Dans la plupart des cas, il ne sera pas nécessaire de présenter une preuve d’expert : une récusation motivée doit pouvoir être exercée dès lors que l’expérience du juge du procès, éclairée par l’avis des avocats, dicte que, dans l’affaire dont ils sont saisis, il existe un risque réaliste de partialité. Le juge du procès dispose nécessairement d’un large pouvoir discrétionnaire pour dire comment et dans quelles circonstances la présomption d’impartialité est réfutée, et jusqu’où les parties peuvent aller dans les questions posées en cas de récusation motivée (*Spence*, par. 24; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 55; *Find*, par. 45).

[63] À notre avis, la procédure de récusation motivée est elle-même un moyen de promouvoir la conscience de soi et l’introspection qui permettent de neutraliser les partis pris inconscients. Une fois investi de sa mission, le candidat juré endosse un rôle décisionnel et se doit d’être aussi impartial qu’un juge. L’impartialité requiert un travail actif et consciencieux. Elle n’est pas un état passif ni une caractéristique individuelle innée. Elle oblige les jurés à être conscients de leurs propres croyances et expériences personnelles, et à « fai[re] preuve d’ouverture d’esprit à l’égard de toutes les parties au litige et [à] exami[n]er leurs prétentions » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 40). Compte tenu de ces principes, les questions qui sont posées lors d’une récusation motivée devraient permettre d’explorer la volonté du juré de reconnaître un parti pris inconscient et de s’appliquer à l’évacuer lorsqu’il agit comme juré (*Find*, par. 40).

[64] Les questions qui peuvent être posées lors d’une récusation motivée sont celles qui aident à savoir ce que les candidats jurés pensent des principaux aspects de l’affaire. Par exemple, l’avocat peut signaler certaines caractéristiques de l’accusé, du plaignant ou de la victime, comme sa race, le fait qu’il est dépendant à l’alcool ou aux drogues, sa religion, sa profession, son orientation sexuelle ou son expression de genre, puis demander aux candidats

judge's instructions, because they hold an opinion about such characteristics that on careful reflection, they do not believe they could put aside. Before posing that question to jurors, trial judges ought to call each individual juror's attention to the possibility of unconscious bias and impartiality. It should be stressed that the mischief is not in acknowledging a difficulty setting aside unconscious bias, but in failing to acknowledge such a difficulty where one exists.

[65] The facts of *Barton* provide a useful example of background information that could prompt this kind of questioning.<sup>1</sup> There, the victim, as both an Indigenous woman and a sex worker, had characteristics and personal circumstances that gave rise to a risk of bias and discrimination in the minds of jurors. On that basis, the Crown could have requested a challenge for cause to alert the prospective jurors to the presence of these characteristics and circumstances, and to encourage active identification of personally held beliefs and opinions. In such or similar circumstances, before questioning individual jurors, the trial judge could consider providing an explanation of the process in the following terms:

The victim in this case was an Indigenous woman who was also a sex worker. Her death occurred while she was engaged in her work as a sex worker. As a prospective juror, you bring with you experiences, beliefs, and opinions, some of which may be unconscious. The issue before us today is not whether these beliefs are correct or proper, but whether you can set them aside and judge the evidence presented at trial fairly without bias, prejudice, or partiality. We will now ask you some questions about this issue. Think carefully before answering.

<sup>1</sup> We refer to this case based on the record that came before this Court on appeal, but we do not mandate any specific jury selection procedure on any retrial of Mr. Barton.

jurés si, compte tenu de ces caractéristiques, ils auraient de la difficulté à juger l'affaire uniquement en fonction de la preuve et des directives du juge du procès, parce qu'ils ont, sur lesdites caractéristiques, une opinion dont, réflexion faite, ils ne croient pas pouvoir faire abstraction. Avant que cette question soit posée aux jurés, le juge du procès doit attirer l'attention de chacun d'entre eux sur la possibilité de partis pris inconscients et d'impartialité. Il faut leur faire comprendre que le problème n'est pas l'admission d'une difficulté à mettre un parti pris inconscient de côté, mais le refus d'admettre une telle difficulté lorsqu'il en existe une.

[65] Les faits de l'affaire *Barton* offrent un exemple utile d'éléments généraux qui pourraient susciter ce genre de questions<sup>1</sup>. Dans cette affaire, la victime, à la fois femme autochtone et travailleuse du sexe, présentait des caractéristiques et des circonstances personnelles qui posaient un risque de partis pris et de discrimination dans l'esprit des jurés. Sur ce fondement, la Couronne aurait pu demander une récusation motivée pour signaler aux candidats jurés l'existence de ces caractéristiques et circonstances ainsi que pour les encourager à faire résolument le point sur leurs convictions et opinions personnelles. Dans ces circonstances ou dans des circonstances similaires, avant de questionner chaque juré, le juge du procès pourrait envisager d'expliquer le processus dans les termes suivants :

La victime dans la cause était une femme autochtone qui était également travailleuse du sexe. Son décès est survenu pendant qu'elle travaillait à ce titre. En tant que candidat juré, vous apportez avec vous vos expériences, vos croyances et vos opinions, dont certaines peuvent être inconscientes. La question qui nous occupe aujourd'hui n'est pas celle de savoir si ces croyances sont exactes ou appropriées, mais plutôt de savoir si vous pouvez les mettre de côté et juger équitablement la preuve présentée durant le procès sans parti pris, préjugé ou partialité. Nous allons maintenant vous poser quelques questions sur le sujet. Réfléchissez bien avant de répondre.

<sup>1</sup> Nous faisons référence à cette cause en fonction du dossier qui a été présenté à la Cour en appel, mais nous n'ordonnons pas le recours à une procédure précise de sélection des jurés dans le contexte d'un nouveau procès que pourrait subir M. Barton.

[66] Our colleague Abella J. suggests that “[t]he new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions” and will necessitate “a more sophisticated manner of questioning” (paras. 160-61). While we agree that the *Parks* question was never intended to be *the only* question available on a challenge for cause (*R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.)), we caution that trial judges who permit questions beyond the *Parks* formulation must be mindful of the fundamental principle of respect for jurors’ privacy upon which our system of jury selection has “long been based” (*Kokopenace*, at para. 74, per Moldaver J.; at para. 155, per Karakatsanis J.; and at para. 227, per Cromwell J. (dissenting but not on this point)). The *Parks* question itself permits only limited incursions into juror privacy, and further developments in the challenge for cause process must continue to balance “the accused’s right to a fair trial by an impartial jury, while also protecting the privacy interests of prospective jurors” (*Williams*, at para. 53 (emphasis added); *Spence*, at para. 24; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30). It is for this reason that the jurisprudence has long resisted the temptation to move the Canadian law regarding juror privacy closer to that of the U.S. system. In concluding that it is “unclear that the [U.S.] system produces better juries than the Canadian system”, this Court has pointed to the high degree of protection of and respect for juror privacy, and our concern to prevent “abuse by counsel seeking to secure a favourable jury, or to indoctrinate jurors to their views of the case” (*Find*, at para. 27; see also, *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362). Any future developments should account for these precedents.

[67] We raise two final points regarding challenges for cause. First, Bill C-75 directs that the trial judge, rather than a layperson, will be the arbiter of the challenge for cause (*Criminal Code*, s. 640(1)). As such, in our view, it would be appropriate for the trial judge — as an impartial person adjudicating

[66] Notre collègue la juge Abella suggère que « [l]e nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscientes » et qu’il faudra « questionner [les candidats jurés] de manière plus sophistiquée » (par. 160-161). Bien que nous convenions que la question *Parks* n’a jamais été censée être *la seule* question qui puisse être posée dans le cadre d’une récusation motivée (*R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.)), nous faisons la mise en garde que le juge du procès qui autorise des questions allant au-delà de la formulation prescrite par l’arrêt *Parks* doit garder à l’esprit que notre système de sélection du jury est « fondé depuis longtemps » sur le principe fondamental du respect de la vie privée des jurés (*Kokopenace*, par. 74, le juge Moldaver; par. 155, la juge Karakatsanis; et par. 227, le juge Cromwell (dissident, mais non sur ce point)). La question *Parks* elle-même ne donne ouverture qu’à des incursions limitées dans la vie privée des jurés, et l’évolution à venir du processus de récusations motivées doit continuer à établir un équilibre entre « le droit de l’accusé à un procès équitable devant un jury impartial, [et celui] à la vie privée des candidats jurés » (*Williams*, par. 53 (nous soulignons); *Spence*, par. 24; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). C’est pourquoi la jurisprudence résiste depuis longtemps à la tentation de faire glisser le droit canadien eu égard à la vie privée des jurés vers le système américain. En concluant qu’il « n’est pas certain que le système américain produit de meilleurs jurys que le système canadien », la Cour a souligné le degré élevé de protection de la vie privée des jurés et de respect pour elle, et notre souci d’éviter les « abus de la part des avocats désireux d’obtenir un jury qui leur sera favorable ou de rallier les jurés à leur point de vue sur l’affaire » (*Find*, par. 27; voir aussi, *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362). Toute évolution future devrait tenir compte de ces précédents.

[67] Nous soulevons deux derniers points concernant les récusations motivées. Premièrement, le projet de loi C-75 dispose que c’est le juge du procès, plutôt qu’un profane, qui sera dorénavant l’arbitre des récusations motivées (*Code criminel*, par. 640(1)). Ainsi, d’après nous, il conviendrait de

impartiality — to put the challenge for cause questions to the prospective juror. Counsel should, of course, be consulted on the content of such questions before they are posed. Secondly, in trials involving challenges for cause, trial judges should as a rule exercise their power to exclude jurors from the court room during the selection process, pursuant to s. 640(2) of the *Criminal Code*. Jurors would be understandably reluctant to acknowledge a bias or prejudice publicly, and therefore, the risk of empanelling a biased juror increases where exclusion orders are not made (R. A. Schuller et al., “Challenge for Cause: Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom” (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407, at p. 417). After all, the purpose of this expanded procedure is not to expose potential jurors as “racists” or to single them out publicly for their biases, but rather to foster candid reflection on their part about their ability to consider the evidence impartially. This approach will target both explicit racism and more subtle forms of racial prejudice (see Martin J.’s reasons, at para. 121).

(c) *The Stand-Aside Power Under Section 633 of the Criminal Code*

[68] The final aspect of the jury selection process on which we wish to comment is the stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code*. By amending the stand-aside provision to permit trial judges to direct jurors to “stand by for reasons of . . . maintaining public confidence in the administration of justice”, Parliament effectively amended the purview of the stand-aside power.

[69] In doing so, Parliament borrowed language that figures prominently in the jurisprudence on s. 11(d) and elsewhere in the criminal law. The concept of “maintaining public confidence in the

confier au juge du procès — en tant que personne impartiale statuant en matière d’impartialité — le rôle de poser au candidat juré les questions suscitées par la récusation motivée. Bien entendu, les avocats devraient être consultés sur la teneur de ces questions avant qu’elles soient posées. Deuxièmement, dans les procès où surviennent des récusations motivées, le juge du procès devrait en principe exercer son pouvoir d’exclure les jurés de la salle d’audience durant le processus de sélection, comme le prévoit le par. 640(2) du *Code criminel*. Les jurés hésiteraient naturellement à reconnaître publiquement un parti pris ou un préjugé. Le risque de faire siéger un juré partial serait donc accru en l’absence d’une ordonnance d’exclusion (R. A. Schuller et autres, « Challenge for Cause : Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom » (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407, p. 417). Après tout, l’objet de cette procédure élargie n’est pas de faire passer les candidats jurés pour des « racistes », ni de les pointer publiquement du doigt en raison de leurs partis pris, mais plutôt d’encourager chez eux une réflexion franche sur leur aptitude à examiner la preuve de manière impartiale. Cette approche visera à la fois le racisme explicite et les formes plus subtiles de préjugés raciaux (voir les motifs de la juge Martin, par. 121).

c) *Le pouvoir de mise à l’écart prévu à l’art. 633 du Code criminel*

[68] Le dernier aspect du processus de sélection des jurés au sujet duquel nous souhaitons formuler des commentaires est le pouvoir de mise à l’écart que prévoit l’art. 633 du *Code criminel*. En modifiant la disposition relative à la mise à l’écart afin de permettre au juge du procès d’ordonner qu’un juré « se tienne à l’écart pour toute raison valable, y compris [. . .] le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice », le Parlement a, dans les faits, modifié la portée du pouvoir de mise à l’écart.

[69] Ce faisant, le Parlement a emprunté un vocabulaire qui occupe une place notable dans la jurisprudence relative à l’al. 11(d) et ailleurs en droit criminel. L’expression « assurer la confiance [. . .] du public

administration of justice” comes from *Valente*, in which Le Dain J. held that independence and impartiality “are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice” (p. 689). Justice Le Dain held further that without public confidence, “the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation” (p. 689). Writing in the context of the accused’s right to be present for the selection of the jury, Dickson C.J. held that “[t]he accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice” (*Barrow*, at p. 710 (emphasis added)).

[70] We are of the view that the “maintaining public confidence in the administration of justice” standard provides an effective analytical yardstick to address a variety of residual concerns in the jury selection process. In particular, the stand-aside power can provide a means to exclude jurors whom the judge, the accused, or the Crown believe might be partial but who have nevertheless survived a challenge for cause. In this respect, the amended provision builds upon the case law that has recognized that the stand-aside power provides an “element of flexibility” to the jury selection process by allowing trial judges to exclude jurors who *might* be partial (*R. v. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367 (Ont. C.A.), at paras. 63-64).

[71] It will be for trial courts and courts of appeal to determine, on a case-by-case basis, the contours of the trial judge’s discretion to stand aside jurors to “maintain[n] public confidence in the administration of justice”, but we wish to make it clear what this amended power *cannot* be used for.

[72] First, in all cases, the trial judge must maintain a resolute focus on the language that Parliament chose in amending the stand aside provision: trial judges can stand aside jurors only where necessary to

dans l’administration de la justice » vient de l’arrêt *Valente*, dans lequel le juge Le Dain écrivait que l’indépendance et l’impartialité « sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l’individu comme du public dans l’administration de la justice » (p. 689). Il ajoutait que, sans la confiance du public, « le système ne peut commander le respect et l’acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace » (p. 689). S’exprimant sur le droit de l’accusé d’assister à la sélection du jury, le juge en chef Dickson a écrit pour sa part que « [l]’accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l’administration de la justice en dépend » (*Barrow*, p. 710 (nous soulignons)).

[70] Nous sommes d’avis que la norme du « maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » constitue un bon repère analytique qui permet de dissiper une foule de préoccupations persistantes à propos du processus de sélection des jurés. Plus précisément, le pouvoir de mise à l’écart peut constituer un moyen d’exclure le juré que le juge, l’accusé ou la Couronne soupçonne de partialité, mais qui a néanmoins résisté à une récusation motivée. À cet égard, la disposition modifiée s’appuie sur la jurisprudence qui a reconnu que ce pouvoir apporte [TRADUCTION] « une certaine souplesse » au processus de sélection des jurés en permettant au juge du procès d’exclure les jurés qui *pourraient* être partiaux (*R. c. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367 (C.A. Ont.), par. 63-64).

[71] Il appartiendra aux tribunaux de première instance et aux juridictions d’appel de circonscrire, au cas par cas, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’écarter des jurés afin de « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice », mais nous souhaitons exprimer clairement ce à quoi ce pouvoir modifié *ne peut pas* servir.

[72] Premièrement, dans tous les cas, le juge du procès doit rester résolument concentré sur le libellé choisi par le Parlement lorsqu’il a modifié la disposition relative à la mise à l’écart : le juge du procès

“maintai[n] public confidence in the administration of justice”. Public confidence is assessed from the perspective of a reasonable and informed person (*R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 87), who, in the context of jury selection, will know of the many safeguards that go to ensuring the independence and impartiality of the jury and the fairness of the trial, including: the dedicated provincial efforts to create representative jury rolls, the vital principle of randomness that undergirds all aspects of jury selection, the challenge for cause process that removes potential jurors for partiality, the trial judge’s instructions targeting implicit and unconscious bias, and the rigours of the trial process itself. Given these and other safeguards, which we have canvassed at length above, public confidence will not easily be lost in the jury selection process.

[73] Indeed, the jurisprudence of this Court demonstrates that generally, public confidence will be lost only where something egregious has occurred in the justice system that society at large finds unacceptable and simply will not tolerate. These circumstances are not mere deviations from established procedures. They cut to the very heart of the public’s entitlement to know that the jurors who decide the guilt of each accused are independent, impartial, and fairly selected. For instance, in *Barrow*, the jury selection procedure that unfolded through hushed conversations with individual jurors, out of earshot of the accused, undermined public confidence in the administration of justice because it impaired the right of all participants in the justice system to “be sure that the jury is impartial and the trial fair” (para. 25). Likewise, in *Bain*, the Crown’s ability to stand aside a disproportionate number of jurors resulted in a trial process that was “tainted with the appearance of obvious and overwhelming unfairness” and so manifestly stacked against the accused that “[m]embers of the community [would] be left in doubt as to the merits of” the trial (p. 102). These cases illustrate the central role that a fairly and transparently selected jury plays in ensuring public confidence in the administration of justice. They also illustrate the

peut écarter un juré uniquement lorsque cela est nécessaire pour « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice ». La confiance du public est examinée du point de vue d’une personne raisonnable et bien informée (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 87) qui, dans le contexte de la sélection du jury, connaît l’existence des nombreuses garanties visant à assurer l’indépendance et l’impartialité du jury et l’équité du procès, y compris : les efforts consacrés par les provinces pour créer des listes de jurés représentatives, le principe crucial du caractère aléatoire qui sous-tend tous les aspects de la sélection du jury, le processus de récusation motivée qui exclut des candidats jurés pour partialité, les directives du juge du procès visant les partis pris implicites et inconscients, et la rigueur du déroulement du procès lui-même. Compte tenu de ces garanties et d’autres que nous avons décrites en détail précédemment, la confiance du public envers le processus de sélection du jury ne sera pas facilement minée.

[73] En effet, la jurisprudence de la Cour démontre que, règle générale, la confiance du public ne sera perdue que lorsqu’il s’est produit dans le système judiciaire quelque chose de flagrant que la société dans son ensemble juge inacceptable et ne tolérera tout simplement pas. Ces circonstances ne sont pas de simples écarts par rapport aux procédures établies. Elles touchent au cœur même du droit du public de savoir que les jurés qui décident de la culpabilité de chaque accusé sont indépendants, impartiaux et sélectionnés équitablement. Par exemple, dans l’affaire *Barrow*, le processus de sélection du jury durant lequel des conversations chuchotées ont eu lieu avec des jurés, sans que l’accusé puisse les entendre, a miné la confiance du public envers l’administration de la justice, parce qu’il a porté atteinte au droit de tous les participants au système judiciaire « d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » (par. 25). De même, dans l’affaire *Bain*, la capacité de la Couronne d’écarter un nombre disproportionné de jurés a donné lieu à un procès dont le déroulement était « entaché d’une apparence d’injustice évidente et accablante » et si manifestement défavorable à l’accusé que les « membres de la société ser[ai]ent laissés dans le doute quant au bien-fondé » du procès (p. 102). Ces causes illustrent

tenor and magnitude of the circumstances that will occasion a loss of public confidence.

[74] It follows that we respectfully reject our colleague Abella J.'s suggestion that trial judges use the stand-aside power to "actively promote jury diversity" and to approximate "Canada's kaleidoscope of human diversity" (para. 164). Parliament did *not* write into law that the stand-aside power is to be used to bolster jury diversity as our colleague has conceived of it, but, again, for "maintaining public confidence in the administration of justice". As a matter of law, we cannot accept that public confidence in the administration of justice depends on achieving a jury that approximates the diversity of Canadian society.

[75] Nor do we find our colleague's abstract conception of diversity to offer meaningful guidance for trial judges. Indeed, we fear that our colleague's conception of the role trial judges are to play in the jury selection process raises more questions than answers. Are trial judges to habitually stand aside whole groups of jurors in order to make room for jurors of other backgrounds? And bearing in mind that each part of Canada is diverse in its own way, what does the phrase "Canada's kaleidoscope of human diversity" signify? Not all communities in Canada are diverse in the same way, nor is there one single Canadian standard of "diversity". A representative jury in Corner Brook, N.L. will not be "diverse" in the same way that a jury in Rankin Inlet, N.T. or in Prince Rupert, B.C., or in Trois-Rivières, Que., would be "diverse". Must trial judges strive for a national ideal of Canadian diversity, as our colleague's statement suggests, irrespective of the particular diversity of the local community?

le rôle central que joue un jury sélectionné équitablement et avec transparence pour assurer la confiance du public envers l'administration de la justice. Elles mettent également en lumière la teneur et l'ampleur des circonstances qui entraînent une perte de confiance du public.

[74] Avec égards, nous rejetons donc la suggestion de notre collègue la juge Abella voulant que le juge du procès utilise le pouvoir de mise à l'écart pour « promouvoir activement la diversité des jurys » et pour que ceux-ci soient presque à l'image du « kaléidoscope canadien de la diversité humaine » (par. 164). Le Parlement *n'a pas* écrit dans la loi que le pouvoir de mise à l'écart doit être utilisé pour favoriser la diversité du jury comme le conçoit notre collègue, mais bien, nous le répétons, qu'il doit l'être pour « maint[enir] [. . .] la confiance du public envers l'administration de la justice ». Sur le plan du droit, nous ne pouvons accepter que la confiance du public dépende de la constitution d'un jury dont la composition s'apparente à la diversité de la société canadienne.

[75] Nous sommes également d'avis que la conception abstraite de la diversité qu'a notre collègue n'offre pas d'indications utiles pour le juge du procès. En effet, nous craignons que cette conception du rôle que le juge du procès est appelé à jouer dans le processus de sélection du jury soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Le juge du procès doit-il de manière routinière mettre à l'écart des groupes entiers de jurés de manière à faire de la place pour des jurés d'horizons différents? En outre, gardant à l'esprit que chaque région du Canada recèle une diversité qui lui est propre, que signifie l'expression « kaléidoscope canadien de la diversité humaine »? Toutes les communautés du Canada ne sont pas diverses de la même manière; il n'existe pas non plus de norme canadienne unique en matière de « diversité ». Un jury représentatif à Corner Brook, à Terre-Neuve, ne sera pas « diversifié » comme un tel jury à Rankin Inlet, au Nunavut, à Prince Rupert, en Colombie-Britannique, ou à Trois-Rivières, au Québec. Faut-il que le juge du procès s'efforce d'atteindre un idéal national de diversité canadienne, comme le suggère l'affirmation de notre collègue, sans égard pour la diversité particulière de la communauté locale?

[76] Notably, most of the interveners in this Court were not concerned with ensuring that “Canada’s kaleidoscope of human diversity” finds its way onto every jury, but rather with ensuring that juries include someone bearing relevant characteristics of the accused or victim. For instance, the Advocates’ Society explained that “peremptory challenges offer all accused persons a fair opportunity to select for some of the characteristics most important to them” (I.F., at para. 23 (emphasis added; italics in original)). Similarly, the British Columbia Civil Liberties Association explained that homogenous juries often mean that white accused are “tried by their peers” while Black and Indigenous accused are not (I.F., at para. 3 (emphasis added)). If this is so, is diversity meant to correspond to relevant characteristics of the accused, or the victim, or both? What are trial judges to do in cases involving multiple co-accused of different races, and racially diverse groups of victims? Is it not conceivable that the trial judge might in such circumstances be tasked with hand-picking all 12 jurors? And would this not give rise to a serious constitutional concern? This raises the obvious question: how *specific* is the imperative of diversity? Does it require, for example, in a case where the victim or accused is Indigenous, that there be at least one Indigenous juror? Or, are more required? And, if more, how many more? And must such jurors be from the same First Nation as the accused or the victim?

[77] These are the sorts of difficult questions with which trial judges would have to grapple if they were empowered to shape the diversity of the petit jury. If nothing else, the different approaches to enhancing diversity contemplated by our colleague and these interveners raise a host of practical problems, some of which could involve constitutional issues — a problem not lost on the trial judges who have been asked to apply the stand-aside power as our colleague proposes (see, e.g., *R. v. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. v. Josipovic*, 2020 ONSC 6300).

[76] Fait à noter, la plupart des intervenants devant la Cour n’étaient pas préoccupés de garantir que le « kaléidoscope canadien de la diversité humaine » se retrouve dans chaque jury; ils ont plutôt plaidé pour la garantie que les jurys comprennent une personne présentant des caractéristiques pertinentes de l’accusé ou de la victime. Par exemple, la Société des plaideurs a expliqué que [TRADUCTION] « les récusations péremptoires offrent à chaque accusé une occasion équitable de choisir les jurés en fonction de certaines des caractéristiques les plus importantes pour lui » (m. interv., par. 23 (nous soulignons; en italique dans l’original)). De même, la British Columbia Civil Liberties Association a expliqué que par jurys homogènes on entend souvent qu’un accusé blanc est [TRADUCTION] « jugé par ses pairs » alors qu’un accusé noir ou autochtone ne l’est pas (m. interv., par. 3 (nous soulignons)). Si tel est le cas, la diversité est-elle censée correspondre aux caractéristiques pertinentes de l’accusé, de la victime, ou des deux? Que devrait faire le juge du procès dans les causes qui concernent des coaccusés de races différentes ou des groupes de victimes de diverses races? Ne serait-il pas concevable que, dans de telles circonstances, le juge soit chargé de trier sur le volet chacun des 12 jurés? Et, cela ne donnerait-il pas lieu à une sérieuse question d’ordre constitutionnel? Cela soulève la question évidente suivante : jusqu’à quel point l’impératif de diversité est *spécifique*? Requier-t-il, par exemple, lorsque la victime ou l’accusé est Autochtone qu’il y ait au moins un Autochtone parmi les jurés? Ou en faudrait-il davantage? Si oui, combien? Et de tels jurés devraient-ils être originaires de la même Première Nation que l’accusé ou la victime?

[77] Voilà le type de questions complexes avec lesquelles le juge du procès serait aux prises s’il détenait le pouvoir de façonner la diversité du petit jury. À tout le moins, les différentes approches envisagées par notre collègue et ces intervenants pour accroître la diversité soulèvent une foule de problèmes pratiques, dont certains pourraient poser des questions d’ordre constitutionnel — un problème qui n’a pas échappé aux juges du procès à qui l’on a demandé d’appliquer le pouvoir de mise à l’écart comme le propose notre collègue (voir, p. ex., *R. c. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. c. Josipovic*, 2020 ONSC 6300).



[78] Likewise, if trial judges were to use the stand-aside power as suggested by our colleague and urged upon us by some of the interveners, we see no principled reason for allowing a trial judge, in the quest for a diverse petit jury, to stop at *visible* identity characteristics. If a Black or Indigenous accused or complainant can ask the trial judge to ensure Black or Indigenous representation on the jury, there would be no principled reason why an accused or complainant who is LGBTQ or a member of a religious minority should not also have the right to see themselves “represented” on the jury. Non-visible features of one’s identity, such as sexual orientation or religion, could then be explored with prospective jurors, compelling them to reveal their sexual orientation or religious faith — which would depart substantially from traditional Canadian practice and juror privacy, as discussed above.

[79] We raise these questions to highlight that what our colleague Abella J. and some interveners propose would alter in a fundamental way the nature and practice of jury selection in this country. This Court has, with good reason, declined to interpret the imperatives of jury representativeness and impartiality as requiring diversity among the members of the petit jury. As a constitutional matter, diverse juries depend *not* on gerrymandered juries, but on diverse jury panels. And diverse jury panels are preserved *not* by the use of stand asides to remove jurors by reason of their particular background, but by rules that do not undermine their diversity.

[80] This last point — the crucial importance of diverse jury panels to secure diverse juries — merits special emphasis. Here lies the prime importance ascribed by this Court in *Kokopenace to randomness*, since that equal chance to be selected for the jury depends fundamentally on the *randomness* of the jury selection process. We endorse the explanation of one commentator for why, as a matter of logic, any

[78] De même, si le juge du procès devait se servir du pouvoir de mise à l’écart comme le suggère notre collègue et comme nous invitent à le prescrire certains intervenants, nous ne voyons aucune raison de principe pour lui permettre, dans sa quête d’un petit jury diversifié, de s’arrêter aux caractéristiques identitaires *visibles*. Si un accusé ou un plaignant noir ou autochtone pouvait demander que le juge du procès garantisse la présence de jurés noirs ou autochtones, aucune raison de principe ne s’opposerait à ce que l’accusé ou le plaignant qui fait partie de la communauté LGBTQ ou qui est membre d’une religion minoritaire détienne aussi le droit d’être « représenté » dans le jury. Les attributs invisibles de l’identité d’une personne, comme son orientation sexuelle ou sa religion, pourraient alors être explorés auprès des candidats jurés, les forçant à révéler leur orientation sexuelle ou leur religion — ce qui s’écarterait considérablement de la pratique traditionnelle suivie au Canada et du principe du respect de la vie privée des jurés, comme nous l’avons déjà mentionné.

[79] Nous soulevons ces questions pour mettre en lumière que ce que proposent notre collègue la juge Abella et certains intervenants modifierait fondamentalement la nature et la pratique de la sélection des jurés dans ce pays. La Cour, à bon droit, a refusé d’interpréter les impératifs de représentativité et d’impartialité du jury comme exigeant une diversité parmi les membres du petit jury. Sur le plan constitutionnel, la formation de jurys diversifiés dépend, *non pas* du charcutage que l’on en fait, mais de l’existence de tableaux diversifiés de jurés. Et de tels tableaux sont préservés *non pas* par des mises à l’écart visant à exclure des jurés en raison de leurs caractéristiques personnelles, mais par des règles qui ne nuisent pas à leur diversité.

[80] Ce dernier élément — soit l’importance cruciale de la diversité des tableaux de jurés pour assurer la diversité des jurys — mérite qu’on s’y attarde particulièrement. C’est là que réside l’importance de premier ordre accordée par la Cour dans l’arrêt *Kokopenace* au *caractère aléatoire*, puisque cette égalité des chances d’être sélectionné pour faire partie du jury dépend fondamentalement du *caractère*

departure from randomness will necessarily lead to *lesser, not greater*, representativeness on the jury:

However, it remains a basic tenet of our jury selection system that the random selection of jurors from a relatively representative cross-section of the population ensures impartiality by eliminating systemic bias against certain classes of accuseds. It also ensures a diversity of viewpoints and prevents the exclusion of particular groups from jury service.

...

... It is a basic statistical concept that a sample of the population is only “representative” if it is randomly selected. The degree to which a sample is not randomly chosen is referred to as a “selection bias”. While this may seem like arcane *statistivria*, the principles underlying good research and fair juries are the same. A sample can only describe the general population, its attitudes and values if it has been selected randomly. The degree to which certain segments of society are excluded from jury rolls or challenged has the effect of biasing the jury in subtle ways, such that it cannot be said to speak for the community or its values. [Footnotes omitted.]

(B. Kettles, “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2012), 59 *Crim. L.Q.* 462, at pp. 482-83)

[81] For all of these reasons, we must conclude that the judicial stand-aside power, as amended, cannot be used in the manner that our colleague Abella J. and various interveners suggest. To the contrary, the reasonable, informed observer would lose confidence in a jury selection process that requires trial judges to sacrifice the vital principle of randomness on the altar of diversity and select individual jurors merely on the basis of their race or other aspects of their identity. Reductionist premises, racial or otherwise, have no place in jury selection. This, in turn, calls into question the statement of the then-Minister of Justice that the amended stand-aside power would

*aléatoire* du processus menant à sa sélection. Nous souscrivons à l’explication d’un auteur justifiant pourquoi, logiquement, tout écart par rapport au caractère aléatoire *réduira* nécessairement la représentativité du jury *plutôt que de l’accroître* :

[TRADUCTION] Toutefois, un principe de base de notre système de sélection du jury reste que la sélection aléatoire des jurés à partir d’un échantillon relativement représentatif de la population garantit l’impartialité en éliminant les partis pris systémiques contre certaines catégories d’accusés. Elle garantit également une diversité de points de vue et empêche que les membres de groupes particuliers ne soient pas appelés à exercer la fonction de juré.

...

... C’est un concept de base de la statistique qu’un échantillon d’une population n’est « représentatif » que s’il est choisi de manière aléatoire. La mesure dans laquelle un échantillon n’est pas choisi aléatoirement est appelée le « biais de sélection ». Bien que cela puisse sembler appartenir à des *statistivria*, les principes sous-jacents d’une recherche de qualité et de la sélection de jurys équitables sont les mêmes. Un échantillon ne peut représenter la population en général, ses attitudes et ses valeurs que s’il a été choisi de manière aléatoire. La mesure dans laquelle certains segments de la société sont exclus des listes de jurés ou récusés biaise le jury subtilement, de telle sorte qu’on ne peut prétendre qu’il représente la communauté ou ses valeurs. [Notes en bas de page omises.]

(B. Kettles, « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 462, p. 482-483)

[81] Pour tous ces motifs, nous sommes contraints de conclure que le pouvoir judiciaire de mise à l’écart, dans sa version modifiée, ne peut être utilisé comme le suggèrent notre collègue la juge Abella et certains intervenants. Au contraire, l’observateur raisonnable et informé perdrait confiance dans un processus de sélection du jury qui exigerait que le juge du procès sacrifie le principe vital du caractère aléatoire à l’autel de la diversité et sélectionne les jurés uniquement en fonction de leur race ou d’autres aspects de leur identité. Les prémisses réductionnistes, qu’elles soient fondées sur la race ou sur une autre caractéristique, n’ont pas leur place dans

enable judges to “make room for a more diverse jury”.

[82] To be sure, the abolition of peremptory challenges will go a long way to augment the diversity of juries, for the reasons we have given. And, as the reasons of Rowe J. make clear, Parliament and the provincial legislatures may, within constitutional bounds, pursue further legislative reform designed to better promote or enhance the diversity of the petit jury. But this amendment to the stand-aside power, as we have explained, does not do so.

(d) *Conclusion on Section 11(d)*

[83] In summary, we are of the view that the abolition of peremptory challenges does not infringe the s. 11(d) rights of accused persons. The existing protections of the independence and impartiality of the jury, which we have canvassed above, continue to protect against an infringement of the s. 11(d) right. In appropriate cases, we also highlight the ongoing role of robust and targeted jury instructions, challenges for cause, and judicial stand asides in protecting the integrity of the jury process.

[84] Additionally, we emphasize that nothing in these reasons should be read as constitutionalizing this, or any other, statutory scheme for jury selection. The role of the courts in the *Charter* analysis “is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions”, because when “struggling with questions of social policy and attempting to deal with conflicting [social] pressures ‘a legislature must be given reasonable room to manoeuvre’” (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 194, per La Forest J. (concurring); *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 627). An accused person has the constitutional right to a fair trial before an independent and impartial jury — nothing

la sélection du jury. Cela, à son tour, soulève des questions quant à la déclaration de la ministre de la Justice d’alors selon laquelle le pouvoir modifié de mise à l’écart permettrait aux juges « d’obtenir un jury plus diversifié ».

[82] Assurément, l’abolition des récusations péremptoires aidera beaucoup à accroître la diversité des jurys, pour les raisons que nous avons énoncées. En outre, comme le démontrent clairement les motifs du juge Rowe, le Parlement et les législatures provinciales peuvent, dans les limites fixées par la Constitution, envisager d’autres réformes législatives conçues pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury. Cela dit, comme nous l’avons expliqué, la modification au pouvoir de mise à l’écart en cause en l’espèce n’a pas cet effet.

d) *Conclusion sur l’alinéa 11d)*

[83] En résumé, nous sommes d’avis que l’abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits que confère l’al. 11d) à l’accusé. Les protections actuelles de l’indépendance et de l’impartialité du jury que nous avons examinées précédemment préviennent encore toute atteinte à ces droits. En ce qui concerne la protection de l’intégrité du processus de sélection des jurés, nous insistons aussi, pour les cas qui le justifient, sur le rôle qui persiste de directives solides et ciblées au jury, sur celui des récusations motivées et sur celui des mises à l’écart ordonnées par le juge du procès.

[84] Nous tenons à ajouter que les présents motifs ne confèrent nullement une valeur constitutionnelle à ce régime législatif, ni à aucun autre, en matière de sélection des jurés. Le rôle des tribunaux dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte* « est d’assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe », parce que « “le législateur doit disposer d’une marge de manœuvre raisonnable [. . .]” lorsqu’il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions [sociales] opposées » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, le juge La Forest (motifs concordants); *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 627).

less, but also nothing more. Parliament gives expression to these constitutional rights through various statutory provisions. These provisions are subject to review and change by Parliament as it sees fit to keep pace with societal changes, expectations, and developments. As with the abolition of peremptory challenges and substitution of the trial judge as adjudicator of challenges for cause, it is well within Parliament's constitutional bounds to determine that features of the jury selection system are more discriminatory than facilitative. Courts may intervene only when impugned schemes infringe fundamental rights, not when they disagree with a Parliament's policy decisions. The relevant inquiry remains whether the process as a whole results in an independent and impartial jury.

(2) Section 11(f): The Right to Trial by Jury

[85] Mr. Chouhan argues that the abolition of peremptory challenges infringes his right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter* by depriving him of an impartial jury and a representative jury. In our view, these arguments must fail. Section 11(f) offers no greater protection of impartiality than the specific guarantee of impartiality enshrined in s. 11(d). With respect to representativeness, the jurisprudence of this Court is clear that the right to a representative jury does not entitle the accused to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the final stage of selecting jurors to serve on the trial jury (*Kokopenace*, at para. 70). Section 11(f)'s guarantee of representativeness requires the state to provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process, by compiling a jury roll that draws from a broadly inclusive source list and by delivering jury notices to those who have been selected (*Kokopenace*, at para. 61). These aspects of jury selection are not affected by the abolition of peremptory challenges.

L'accusé a le droit constitutionnel à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial — rien de moins, mais aussi rien de plus. Le Parlement donne corps à ces droits constitutionnels au moyen de diverses dispositions législatives. Ces dispositions peuvent être revues et modifiées par le Parlement selon qu'il le juge à propos pour suivre le rythme de l'évolution, des attentes et du développement de la société. Comme pour l'abolition des récusations péremptoires et la désignation du juge du procès en tant qu'arbitre des récusations motivées, il entre tout à fait dans les limites constitutionnelles de la compétence du Parlement de décider que certaines caractéristiques du système de sélection des jurés sont plus discriminatoires que facilitantes. Les tribunaux ne peuvent intervenir que lorsque le régime contesté porte atteinte à des droits fondamentaux, et non lorsqu'ils sont en désaccord avec une décision de principe du Parlement. La question qu'il faut se poser reste la suivante : le processus dans son ensemble mène-t-il à un jury indépendant et impartial?

(2) Alinéa 11f) : le droit à un procès avec jury

[85] Monsieur Chouhan fait valoir que l'abolition des récusations péremptoires empiète sur le droit à un procès avec jury que lui reconnaît l'al. 11f) de la *Charte*, en le privant d'un jury impartial et d'un jury représentatif. À notre avis, ces arguments ne sauraient être retenus. L'alinéa 11f) ne protège pas davantage l'impartialité que ne le fait la garantie spécifique d'impartialité inscrite à l'al. 11d). En ce qui concerne la représentativité, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que le droit à un jury représentatif ne donne pas à l'accusé le droit à une représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection du jury, y compris à l'étape finale de la sélection des jurés appelés à le juger (*Kokopenace*, par. 70). La garantie de représentativité contenue à l'al. 11f) requiert de l'État qu'il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection du jury, en dressant une liste de jurés à partir d'une liste brute largement inclusive, et en envoyant des avis de sélection de jurés aux personnes qui ont été choisies (*Kokopenace*, par. 61). L'abolition des récusations péremptoires n'a pas d'incidence sur ces aspects de la sélection du jury.

### B. *Temporal Application of the Amendments*

[86] When Parliament abolished peremptory challenges in Bill C-75, it indicated that the abolition would come into force on September 19, 2019. Regrettably, and contrary to Parliament's own legislative drafting guidelines, the legislation did not include transitional provisions that set out whether and how the amendments would apply to criminal prosecutions pending in the system (Canada, Privy Council Office, *Guide to Making Federal Acts and Regulations* (2nd ed. 2001), at p. 91).

[87] It thus fell to the courts to sort out the temporal application of the abolition of peremptory challenges. As is generally the case when Parliament fails to include transitional provisions in a legislative amendment, the temporal application of these amendments divided trial courts across the country. The debate centered on principles of statutory interpretation, namely the presumptions that procedural laws apply immediately in all cases, while laws that affect substantive rights can only apply prospectively to cases in which the relevant rights have not yet vested.

[88] Courts in Ontario generally found the amendments to be purely procedural and therefore immediate in their application, meaning that they would govern the jury selection processes for all trials beginning on or after the amendments' proclamation into force (see *R. v. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. v. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. v. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. v. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. v. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. v. Daniel*, 2019 ONSC 6920). The trial judge in this proceeding came to the same conclusion, as did some courts in other jurisdictions (see *R. v. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. v. Stewart*, 2019 MBQB 171). Conversely, several courts concluded that the amendments affect substantive rights and therefore cannot apply to pending jury trials, but nevertheless divided on when the amendments applied in a particular case (see *R. v.*

### B. *Application temporelle des modifications*

[86] Quand le Parlement a aboli les récusations péremptoires dans le projet de loi C-75, il a indiqué que l'abolition entrerait en vigueur le 19 septembre 2019. Malheureusement, et contrairement aux lignes directrices du Parlement lui-même en matière de rédaction législative, le nouveau texte ne contenait pas de dispositions transitoires précisant si et de quelle manière les modifications s'appliqueraient aux poursuites criminelles déjà en cours (Canada, Bureau du Conseil privé, *Lois et règlements : l'essentiel* (2<sup>e</sup> éd. 2001), p. 91).

[87] Il revient donc aux tribunaux de se prononcer sur l'application temporelle de l'abolition des récusations péremptoires. Comme c'est généralement le cas lorsque le Parlement ne prévoit pas de dispositions transitoires dans un texte législatif modificateur, l'application temporelle des modifications en cause ici a donné lieu à une jurisprudence partagée de la part des tribunaux de première instance de partout au pays. Le débat s'est centré sur des principes d'interprétation législative, à savoir la présomption selon laquelle les lois procédurales s'appliquent immédiatement dans tous les cas, tandis que les lois qui touchent aux droits substantiels ne valent que pour l'avenir et ne s'appliquent qu'aux situations dans lesquelles les droits concernés ne sont pas encore acquis.

[88] Les tribunaux de l'Ontario ont généralement conclu que les modifications sont purement procédurales et s'appliquent donc immédiatement, c'est-à-dire qu'elles régiraient les processus de sélection des jurés pour tous les procès entrepris à compter du jour de l'entrée en vigueur des modifications (voir *R. c. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. c. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. c. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. c. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. c. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. c. Daniel*, 2019 ONSC 6920). En l'espèce, le juge du procès est arrivé à cette conclusion, tout comme certains tribunaux d'autres provinces (voir *R. c. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. c. Stewart*, 2019 MBQB 171). Inversement, plusieurs tribunaux ont conclu que les modifications concernent des droits substantiels et qu'elles ne pouvaient donc s'appliquer aux procès avec jury en

*Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. v. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. v. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. v. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. v. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. v. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. v. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. v. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Nazarek*, 2019 BCSC 1798).

[89] The decision on appeal is the only decision of an appellate court to have considered this issue. The Court of Appeal overturned the trial judge and determined that the abolition of peremptory challenges affects the substantive right to a jury trial, as provided for in the *Criminal Code*. The abolition therefore could not apply if, before September 19, 2019, the accused was charged with an offence within the exclusive jurisdiction of the Superior Court, was directly indicted, or elected trial by jury.

[90] Respectfully, we disagree with the Court of Appeal. The abolition of peremptory challenges is purely procedural and therefore applies immediately to all jury selection processes beginning on or after September 19, 2019.

(1) General Principles

[91] Most recently in *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, this Court set out the principles governing the temporal application of new legislation. Justice Deschamps, writing for the majority, summarized the rules of interpretation as follows, at paras. 10-11:

New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to

cours; ils ont néanmoins été divisés sur la question de savoir à quel moment les modifications s'appliquaient dans un cas donné (voir *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. c. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. c. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. c. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. c. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. c. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. c. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. c. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Nazarek*, 2019 BCSC 1798).

[89] La décision qui a été rendue en appel dans la présente affaire est la seule où une juridiction d'appel a examiné cette question. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et conclu que l'abolition des récusations péremptoires portait atteinte au droit substantiel à un procès avec jury que prévoit le *Code criminel*. L'abolition était donc sans effet si, avant le 19 septembre 2019, l'accusé avait été inculqué d'une infraction relevant de la compétence exclusive de la Cour supérieure, s'il avait fait l'objet d'une accusation directe, ou s'il avait opté pour un procès avec jury.

[90] Avec égards, nous devons exprimer notre désaccord avec la Cour d'appel. L'abolition des récusations péremptoires est purement procédurale et elle s'applique donc immédiatement à tous les processus de sélection de jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019.

(1) Principes généraux

[91] Dans l'arrêt le plus récent sur la question, *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, notre Cour a exposé les principes régissant l'application temporelle des nouvelles lois. La juge Deschamps, s'exprimant au nom des juges majoritaires, résumait ainsi, aux par. 10-11, les règles d'interprétation applicables :

Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention

apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights.

[92] Dissenting, but not on this point, Cromwell J. elaborated on the distinction between legislation which is purely procedural and legislation that is substantive or encroaches on substantive rights (paras. 52-66). From his summary we draw some general guidance. Broadly speaking, procedural amendments depend on litigation to become operable: they alter the method by which a litigant conducts an action or establishes a defence or asserts a right. Conversely, substantive amendments operate independently of litigation: they may have direct implications on an individual’s legal jeopardy by attaching new consequences to past acts or by changing the substantive content of a defence; they may change the content or existence of a right, defence, or cause of action; and they can render previously neutral conduct criminal.

claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s’appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à venir (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s’appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s’impose pour statuer sur l’application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

[92] Dans une opinion dissidente, mais non sur ce point, le juge Cromwell a expliqué la distinction à faire entre une mesure législative qui est purement procédurale et une autre qui est substantielle ou qui empiète sur des droits substantiels (par. 52-66). À partir du résumé qu’il a fait de la question, nous tirons quelques directives générales. De façon générale, les modifications procédurales dépendent du litige pour devenir opérantes : elles modifient la méthode selon laquelle un plaideur conduit une action, établit un moyen de défense ou fait valoir un droit. À l’inverse, les modifications substantielles opèrent indépendamment du litige : elles peuvent avoir des implications directes sur le risque que court une personne sur le plan juridique en assortissant de conséquences nouvelles des actes passés ou en modifiant le contenu substantiel d’un moyen de défense; elles peuvent modifier le contenu ou l’existence d’un droit, d’un moyen de défense ou d’une cause d’action; et elles peuvent criminaliser un comportement auparavant neutre.

(2) The Procedural Right to Peremptory Challenges

[93] We begin our analysis bearing in mind our conclusions on the constitutional issues: the abolition of peremptory challenges does not infringe the accused’s right to an independent and impartial tribunal or to a jury, under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. Constitutional rights are substantive rights, and legislation which affects substantive rights only applies prospectively absent legislative intent to the contrary (*Dineley*, at para. 21). Accordingly, the question on this appeal is whether, notwithstanding the lack of a constitutional violation, the abolition of peremptory challenges affected the accused persons’ rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Dineley*, at para. 11).

[94] While acknowledging that the abolition of peremptory challenges was constitutional, the Court of Appeal held that the abolition could only apply prospectively because it “significantly diminishes an accused’s ability to affect the ultimate composition of the jury chosen to try the accused” and therefore “impacts on the accused’s statutory right to trial by jury” as it existed before September 19, 2019 (para. 210). With respect, we disagree with this framing. Substantive law “creates rights and obligations and is concerned with the ends which the administration of justice seeks to attain, whereas procedural law is the vehicle providing the means and instruments by which those ends are attained” (*Sutt v. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169 (C.A.), at p. 175). The substantive right at issue, and the end which the administration of justice seeks to attain, is the *Charter*-protected right to a fair trial by an independent and impartial jury. The jury selection procedures in the *Criminal Code* exist only to serve those rights. They do not create a parallel right to a set of procedures, distinct from what the Constitution requires. Nor does a modification in procedure affect the fulfilment of the right, absent a constitutional infringement.

(2) Le droit procédural à des récusations péremptoires

[93] Nous commençons notre analyse en gardant à l’esprit nos conclusions sur les questions constitutionnelles : l’abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* à l’accusé d’être jugé par un tribunal indépendant et impartial ou par un jury. Les droits constitutionnels sont des droits substantiels, et toute mesure législative qui porte atteinte à ces droits substantiels, en l’absence d’une intention contraire du législateur, ne vaut que pour l’avenir (*Dineley*, par. 21). En conséquence, la question posée dans le présent pourvoi est celle de savoir si, nonobstant l’absence de violation constitutionnelle, l’abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits garantis à l’accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Dineley*, par. 11).

[94] Tout en reconnaissant que l’abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle, la Cour d’appel a jugé qu’elle ne valait que pour l’avenir parce qu’elle [TRADUCTION] « réduit considérablement la capacité de l’accusé d’influer sur la composition ultime du jury choisi pour le juger » et qu’elle « porte [donc] atteinte au droit d’origine législative de l’accusé à un procès avec jury », tel que ce droit existait avant le 19 septembre 2019 (par. 210). Avec égards, nous ne partageons pas ce point de vue. Le droit substantiel [TRADUCTION] « crée des droits et des obligations et se préoccupe des fins que l’administration de la justice cherche à atteindre, tandis que le droit procédural est le véhicule offrant les moyens et instruments par lesquels ces fins sont atteintes » (*Sutt c. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169 (C.A.), p. 175). Le droit substantiel en cause, et la fin que l’administration de la justice cherche à atteindre, est le droit garanti par la *Charte* à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Les procédures de sélection des jurés énoncées dans le *Code criminel* n’existent que pour servir ce droit. Elles ne créent pas un droit parallèle à un ensemble de procédures, qui serait distinct de ce que requiert la Constitution. Une modification des procédures n’altère pas non plus la réalisation du droit conféré, à moins qu’elle enfreigne une disposition constitutionnelle.



[95] Before this Court, Mr. Chouhan equates the loss of a perceived procedural advantage with a negative impact on a substantive right. We disagree.

[96] While the subjective importance of the peremptory challenge to the accused is undeniable, the mere fact that a procedure was important or advantageous to one party does not, without more, render the procedure substantive. The Court of Appeal for Ontario has held, correctly in our view, that even where a procedure operates more favourably to the accused than its replacement, there is no vested interest, and by extension, no substantive right to a specific procedure (*Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536, at para. 72). The ancient character of peremptory challenges does not displace this principle.

[97] The jurisprudence demonstrates conclusively that legislation can confer a significant benefit on the accused or the Crown but nevertheless remain procedural. For instance, in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, this Court determined that amendments to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which made the accused's spouse a compellable witness, were procedural. Although the new evidentiary rules significantly bolstered the Crown's case against the accused, those rules remained procedural, as Lamer J. (as he then was) held that spouses do not have a substantive right to one another's confidentiality. Similarly, in *R. v. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181 (Ont. C.A.), Parliament abolished the corroboration requirement that previously limited the admissibility of a child's evidence before the accused's trial on a charge of sexual assault involving a child, but after he was arraigned. The Court of Appeal determined that the amendment was purely procedural.

[98] We highlight these examples to demonstrate that procedural rights are often no less important than substantive rights from the perspective of the accused person. In both *Wildman* and *Bickford*, the accused no doubt each expected and hoped that their trials

[95] Devant notre Cour, M. Chouhan assimile la perte de ce qu'il perçoit comme un avantage procédural supposé à une conséquence néfaste sur un droit substantiel. Nous ne sommes pas d'accord.

[96] L'importance subjective d'une récusation péremptoire pour l'accusé est indéniable, mais le simple fait qu'une procédure était importante ou avantageuse pour une partie ne lui confère pas pour autant, sans plus, un caractère substantiel. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé, à juste titre selon nous, que, même lorsqu'une procédure se révèle plus favorable à l'accusé que celle qui l'a remplacée, il n'y a pas d'intérêt acquis et, par extension, pas de droit substantiel à une procédure particulière (*Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536, par. 72). La longue existence des récusations péremptoires ne supplante pas ce principe.

[97] La jurisprudence illustre de manière concluante qu'une mesure législative peut conférer un avantage important à l'accusé ou à la Couronne, sans cesser pour autant d'être procédurale. Par exemple, dans l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, notre Cour a estimé que les modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, qui faisaient du conjoint de l'accusé un témoin contraignable, étaient procédurales. Bien que les nouvelles règles de preuve renforçaient notablement la position de la Couronne à l'encontre de l'accusé, elles demeuraient procédurales, le juge Lamer (plus tard juge en chef) estimant que la confidentialité des rapports entre conjoints ne constituait pas un droit substantiel. Pareillement, dans l'arrêt *R. c. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181 (C.A. Ont.), le Parlement avait, avant le procès de l'accusé pour agression sexuelle sur un enfant, mais après son interpellation, aboli l'exigence de corroboration qui jusque-là limitait l'admissibilité du témoignage d'un enfant. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que cette modification était purement procédurale.

[98] Nous mettons ces exemples en exergue pour démontrer que les droits procéduraux ne sont souvent pas moins importants que les droits substantiels du point de vue de l'accusé. Dans les affaires *Wildman* et *Bickford*, les accusés comptaient et espéraient sans

would proceed under the old evidentiary rules, and the change in law may have paved the way for their convictions. Nevertheless, changing those rules of evidence merely altered the manner in which accused persons conducted their defence and did not deprive them of a defence, which would have affected a substantive right, as was the case in *Dineley*. In this respect, we do not share the views of our colleague, Abella J., at para. 181, that a procedural rule becomes substantive merely because a misapplication of the rule at trial could constitute a reversible error on appeal. Indeed, the *Criminal Code* expressly contemplates that “procedural irregularities” at trial do constitute such error, since it empowers courts of appeal to cure such errors where the appellant suffered no prejudice thereby (s. 686(1)(b)(iv)). Nor does the jurisprudence lend any support to this broad and unwarranted expansion of the concept of substantive rights.

[99] The crux of Mr. Chouhan’s argument is that the loss of peremptory challenges erodes the right of the accused to participate in the selection of the jury, which Mr. Chouhan characterizes as a substantive right (R.F., at para. 68). Indeed, in *Dineley*, this Court acknowledged that a law’s effect on the “content or existence of a defence [or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation]” is “an indication that substantive rights are affected” (paras. 15-16). However, even accepting the existence of a substantive right to participate in the selection of one’s jury, the amendments at issue in this case affected only *the way* in which that substantive right was exercised. Moreover, even without peremptory challenges, a robust inventory of procedures continues to allow the accused to assert this right. As discussed, the abolition of peremptory challenges leaves untouched the power of the accused to challenge jurors for cause, and it comes with an expansion of the trial judge’s power to stand aside jurors at the request of the accused. In these circumstances, we are not persuaded that the loss of the accused’s ability to exclude a limited number of prospective jurors without providing a reason undermined the accused’s

doute être jugés selon les anciennes règles de preuve, et les nouvelles règles ont possiblement ouvert la voie à leur condamnation. Ces nouvelles règles de preuve ne faisaient néanmoins que changer la manière dont les accusés allaient conduire leur défense et ne les privaient pas d’un moyen de défense, ce qui aurait porté atteinte à un droit substantiel, comme ce fut le cas dans l’affaire *Dineley*. À cet égard, nous sommes en désaccord avec notre collègue la juge Abella qui affirme, au par. 181, qu’une règle procédurale se convertit en règle substantielle du simple fait que son application erronée lors du procès pourrait constituer une erreur susceptible de révision en appel. En effet, le *Code criminel* envisage expressément qu’une « irrégularité de procédure » au procès constitue *bel et bien* une telle erreur, puisqu’il confère le pouvoir aux cours d’appel de *réparer* de telles erreurs lorsque l’appelant n’a subi aucun préjudice du fait de cette irrégularité (sous-al. 686(1)b)(iv)). La jurisprudence n’appuie pas elle non plus d’aucune façon cette expansion large et injustifiée de la notion de droits substantiels.

[99] Monsieur Chouhan soutient essentiellement que la perte des récusations péremptoires érode le droit de l’accusé de participer à la sélection des jurés, un droit que M. Chouhan qualifie de droit substantiel (m.i., par. 68). D’ailleurs, dans l’arrêt *Dineley*, la Cour a reconnu que l’effet d’une loi « sur le contenu ou sur l’existence d’une action ou d’un moyen de défense [ou d’un droit, d’une obligation ou de quelque autre objet de la loi] » est une « indi[cation] que des droits substantiels sont en jeu » (par. 15-16). Cependant, même si l’on admettait l’existence d’un droit substantiel de l’accusé de participer à la sélection de ses jurés, les modifications en cause en l’espèce ne concernaient que *la façon* dont ce droit substantiel était exercé. De plus, même sans récusations péremptoires, une série appréciable de procédures permet toujours à l’accusé de faire valoir ce droit. Comme nous l’avons dit, l’abolition des récusations péremptoires laisse intact le pouvoir de l’accusé de recourir à des récusations motivées, et elle s’accompagne d’un élargissement du pouvoir du juge du procès de mettre des jurés à l’écart à la demande de l’accusé. Dans ces circonstances, nous ne sommes pas persuadés que la perte du droit de

participation in the selection process. Further, we respectfully disagree with our colleague Côté J., who suggests (at para. 301) that the accused’s reliance on a given procedure creates a vested right in that procedure. The jurisprudence has long been clear that there is no vested right in procedure (*Wildman*, at p. 331; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; at pp. 95-96; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 802).

[100] Moreover, when the focus remains squarely on the substantive rights actually at stake in this case, namely the ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights, it is clear that the presence or absence of peremptory challenges does not affect those rights. Accused persons were entitled to a variable number of peremptory challenges across history, and immediately before the abolition, the number of challenges varied based on the seriousness of the offence. For instance, under the previous jury selection regime, an accused person charged with first degree murder could exercise 20 peremptory challenges while an accused person indicted on assault charges had only four challenges. But each of these accused persons was entitled to, and received, an equally fair trial. In these circumstances, the argument that the abolition of peremptory challenges affected the substantive rights at stake must fail.

[101] We are fortified in this conclusion by the views of our colleague, Abella J., at paras. 159 to 166 of her reasons. If, as she says, all that has changed since the amendments’ enactment is that discretion has shifted from that of the parties (in the exercise of peremptory challenges) to the judge (in the “vigorous exercise” of the stand-aside power), this tends to affirm the amendments’ procedural quality. As *Dineley* makes clear, “new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights” (para. 10 (emphasis added)). On our colleague’s account, this is precisely what has occurred here: the substantive content of the right to a fair trial is unchanged, but the procedure by which it

l’accusé d’exclure un nombre limité de candidats jurés sans avoir à se justifier a miné sa participation au processus de sélection. En outre, nous sommes en désaccord avec notre collègue la juge Côté qui suggère, au par. 301 de ses motifs, que le fait que l’accusé s’appuie sur une procédure donnée crée un droit acquis à cette procédure. La jurisprudence a affirmé clairement depuis longtemps qu’il n’existe pas de droit acquis en procédure (*Wildman*, p. 331; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 95-96; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 802).

[100] De plus, si l’on s’en tient exclusivement aux droits substantiels réellement en jeu en l’espèce, à savoir les droits reconnus par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*, il est clair que la présence ou l’absence de récusations péremptoires ne leur porte pas atteinte. Au fil de l’histoire, l’accusé a eu droit à un nombre variable de récusations péremptoires et, juste avant leur abolition, ce nombre variait en fonction de la gravité de l’infraction. Par exemple, dans l’ancien régime de sélection des jurés, l’accusé de meurtre au premier degré pouvait exercer 20 récusations péremptoires, tandis qu’un accusé d’agression ne pouvait en exercer que 4. Or, chacun d’eux avait droit à un procès équitable, et ils l’obtenaient. C’est pourquoi l’argument selon lequel l’abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits substantiels en jeu doit échouer.

[101] Notre conclusion est renforcée par les points de vue de notre collègue la juge Abella, exprimés aux par. 159 à 166 de ses motifs. Si, comme elle l’affirme, le transfert du pouvoir discrétionnaire des parties (par l’exercice de récusations péremptoires) au juge (par l’« exerc[ice] vigoureu[x] » du pouvoir de mise à l’écart) est le seul changement qui a découlé de l’adoption des modifications législatives, cela tend à confirmer que ces modifications sont procédurales. Comme il ressort clairement de l’arrêt *Dineley*, « [l]es nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits » (par. 10 (nous soulignons)). Suivant notre collègue,

is delivered has changed. There is, consequently, no basis for construing these amendments as anything but procedural.

[102] Finally, the Court of Appeal placed great emphasis on the fact that a jury empanelled with peremptory challenges will necessarily be different than a jury empanelled without them. We accept this observation, which is not disputed by the parties. However, we see no basis to conclude that the mere fact that juries will necessarily be differently constituted in a world without peremptory challenges affects any of the accused's substantive rights to a fair trial, to an independent and impartial tribunal, or to a jury. To the contrary, this Court has expressly held that the accused has no right to a jury of a particular composition (*Kokopenace*, at para. 70).

[103] Accordingly, the amendments abolishing peremptory challenges are purely procedural and apply immediately to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019. They do not affect any of the accused's relevant substantive rights, namely the right to a fair trial, to an independent and impartial tribunal, or to a jury.

#### IV. Disposition

[104] We would allow the Crown's appeal, set aside the Court of Appeal's decision, and restore Mr. Chouhan's conviction. The abolition of peremptory challenges is purely procedural and therefore has retrospective application. It applies to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019, the date of the abolition's coming into force as part of Bill C-75. The statutory change is constitutional and we would dismiss Mr. Chouhan's cross-appeal challenging the constitutionality of the abolition of peremptory challenges.

voilà précisément ce qui s'est passé en l'espèce : le contenu substantiel du droit à un procès équitable est inchangé, mais la procédure par laquelle il est appliqué, elle, a changé. En conséquence, il n'est pas justifié d'interpréter ces modifications comme étant quoi que ce soit d'autre que des modifications procédurales.

[102] Finalement, la Cour d'appel a accordé une grande importance au fait qu'un jury constitué à la suite de récusations péremptoires serait forcément différent d'un jury constitué sans elles. Nous souscrivons à cette observation, qui n'est pas contestée par les parties. Cependant, nous ne voyons aucune raison de conclure que, simplement parce qu'un jury sera à coup sûr constitué différemment dans un monde sans récusations péremptoires, les modifications législatives ont porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé à un procès équitable, à un tribunal indépendant ou à un jury. Au contraire, la Cour a expressément jugé que l'accusé n'a aucun droit à un jury d'une composition donnée (*Kokopenace*, par. 70).

[103] En conséquence, les modifications abolissant les récusations péremptoires sont purement procédurales et s'appliquent immédiatement à tous les processus de sélection du jury entrepris à compter du 19 septembre 2019. Elles ne portent pas atteinte aux droits substantiels pertinents de l'accusé, à savoir les droits à un procès équitable, à un tribunal indépendant et impartial et à un jury.

#### IV. Dispositif

[104] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Chouhan. L'abolition des récusations péremptoires est purement procédurale et s'applique donc rétrospectivement. Elle s'applique à tous les processus de sélection des jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019, date d'entrée en vigueur de l'abolition prévue par le projet de loi C-75. La modification législative est constitutionnelle et nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi incident par lequel M. Chouhan contestait la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires.

The reasons of Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

[105] MARTIN J. — For the reasons of my colleagues Justices Moldaver and Brown, I agree that the Crown’s appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed and Mr. Chouhan’s conviction restored. With respect, I part ways with my colleagues to the extent they suggest limits on how stand asides and challenges for cause may be developed under the new jury selection regime, particularly since we heard no submissions on those limits in the appeal. At this early stage in the development of the regime, and given that the proper use of these tools is not relevant to the outcome of the appeal, I would refrain from deciding their scope.

[106] As my colleagues explain, on 19 September 2019, a suite of reforms to the jury selection process in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, came into force (Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019). The changes sought to “make the jury selection process more transparent, promote fairness and impartiality, improve the overall efficiency of our jury trials, and foster public confidence in the criminal justice system” (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605).

[107] The reforms effected a significant and multi-pronged recalibration of the jury selection regime. At issue in this appeal is whether one of the changes — the elimination of peremptory challenges under s. 634 of the *Criminal Code* — is constitutionally valid. Bill C-75 made two further changes to the jury selection scheme: first, the trial judge’s stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* was expanded to allow jurors to be stood by to maintain “public confidence in the administration of justice”; and, second, the role of trying challenges for cause was put into the hands of the trial judge rather than

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

[105] LA JUGE MARTIN — Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Moldaver et Brown, je suis d’avis que l’appel de la Couronne devrait être accueilli, l’appel incident rejeté et la déclaration de culpabilité de M. Chouhan rétablie. Avec égards, je me dissocie de mes collègues dans la mesure où ils suggèrent des limites à la façon dont pourraient évoluer les mises à l’écart et les récusations motivées dans le cadre du nouveau régime de sélection du jury, notamment parce qu’aucune observation quant à ces limites n’a été formulée à notre intention durant l’appel. À ce stade précoce de l’évolution du régime, et puisque ce qui constitue un recours approprié à ces outils n’est pas pertinent pour l’issue de l’appel, je m’abstiendrais de me prononcer sur leur portée.

[106] Comme l’expliquent mes collègues, le 19 septembre 2019, une série de réformes du processus de sélection du jury prévu au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, est entrée en vigueur (Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019). Les changements visaient à « rendr[e] le processus de sélection des jurés plus transparent, [à] favoris[er] l’équité et l’impartialité, [à] amélior[er] l’efficacité globale des procès devant jury et [à] renforç[er] la confiance du public dans le système de justice pénale » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n<sup>o</sup> 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19605).

[107] Les réformes ont donné lieu à un recalibrage important, et sur plusieurs aspects, du régime de sélection du jury. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si une des modifications — l’élimination des récusations péremptoires à l’art. 634 du *Code criminel* — est constitutionnelle. Le projet de loi C-75 a apporté deux autres modifications au régime de sélection du jury : premièrement, le pouvoir de mise à l’écart conféré au juge du procès par l’art. 633 du *Code criminel* a été accru pour permettre d’écarter des membres du jury afin de maintenir la « confiance du public envers

lay triers, with the option left open of excusing or standing aside a juror even after they are found acceptable on the challenge for cause (ss. 632, 633 and 640).

[108] During the legislative process, the Minister of Justice and her parliamentary secretary said Bill C-75 sought to enhance jury diversity (House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 103, 1st Sess., 42nd Parl., June 19, 2018, at pp. 2 and 8; *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, at p. 24108). On the stand-aside power specifically, the Minister of Justice stated in the House of Commons that “[t]he legislation will strengthen the power of judges to stand aside some jurors in order to make room for a more diverse jury that will in turn promote confidence in the administration of justice” (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, at p. 19605).

[109] I agree with my colleagues, Moldaver and Brown JJ., that Parliament was entitled to act on persistent concerns about the discriminatory use of peremptory challenges by abolishing them. For the reasons they give, the removal of peremptory challenges is constitutional. I also agree that the changes made by Bill C-75 were procedural in nature and apply immediately to ongoing proceedings.

[110] I further endorse the guidance Moldaver and Brown JJ. provide on the need for jury instructions on bias and the vital role such initiatives play in spurring juror introspection, self-consciousness and accountability. They rightly acknowledge that courts must take active steps throughout the proceedings to ensure decision-making is free of prejudice, myths and stereotypes. These aspects of my colleagues’ reasons are consistent with substantive equality and the principles established by this Court in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, *R. v. Barton*, 2019

l’administration de la justice »; et, deuxièmement, le rôle de trancher les récusations motivées a été confié au juge du procès plutôt qu’à des profanes. Le juge peut désormais dispenser ou mettre à l’écart un juré ou une jurée même si la personne a été jugée apte à occuper cette fonction dans le cadre d’une récusation motivée (art. 632, 633 et 640).

[108] Durant le processus législatif, la ministre de la Justice et son secrétaire parlementaire ont affirmé que le projet de loi C-75 visait à accroître la diversité des membres du jury (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 103, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 19 juin 2018, p. 2 et 8; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 28 novembre 2018, p. 24108-24109). Relativement au pouvoir de mise à l’écart spécifiquement, la ministre de la Justice a affirmé à la Chambre des communes que « [l]a loi renforcerait le pouvoir des juges d’écarter certains jurés afin d’obtenir un jury plus diversifié, ce qui en retour augmenterait la confiance du public à l’égard de l’administration de la justice » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, p. 19605).

[109] À l’instar de mes collègues les juges Moldaver et Brown, j’estime que le Parlement était autorisé à agir en réponse à des préoccupations persistantes quant à l’utilisation discriminatoire des récusations péremptoires en abolissant ces dernières. Pour les motifs qu’ils expriment, l’élimination des récusations péremptoires est constitutionnelle. Je suis également d’accord pour dire que les modifications apportées par le projet de loi C-75 étaient de nature procédurale et qu’elles s’appliquaient immédiatement aux instances en cours.

[110] Je souscris en outre aux indications que fournissent les juges Moldaver et Brown quant à la nécessité de donner des directives aux jurys sur les partis pris, et quant au rôle vital que jouent de telles initiatives en incitant les membres du jury à l’introspection, à la conscience de soi et à la responsabilité. Ils reconnaissent avec raison que les tribunaux doivent prendre des mesures actives tout au long de l’instance pour garantir que la prise de décision aura lieu sans faire appel aux préjugés, aux mythes et aux stéréotypes. Ces aspects des motifs de mes collègues

SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, and *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. Their guidance on these points reflects a contextualized approach that looks beyond overt and intentional discrimination to structural and unconscious bias that may undermine trial fairness, juror impartiality and equality for accused persons and victims.

[111] However, I part company with my colleagues in respect of their decision to go further and outline how they would approach the enhanced stand-aside power in s. 633 and the scope of questioning on challenges for cause. My colleagues reject the use of the stand-aside power to increase the likelihood that jurors from certain marginalized groups will be chosen to sit on the petit jury. They do so on the basis of “constitutional concerns” and practical problems they fear will arise if s. 633 is used in this way. They also caution against expanding the scope of questioning on challenges for cause.

[112] These issues are complex, multifaceted and immaterial to the outcome of this appeal. In my view, it is preferable not to address them here given the lack of direct assistance from the parties and scant jurisprudence from the lower courts on this matter. However, given that my colleagues have provided their views, I will comment briefly on some of the considerations that are relevant in interpreting the scope of stand asides and challenges for cause.

[113] With respect to the stand-aside power, I would caution against placing undue weight on the principle of random selection. Randomness plays a key role in the selection of juries (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525) and can be a means to advance jury representativeness and impartiality. However, randomness is neither an end in itself (*R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at p. 114, per Gonthier J.

sont compatibles avec l'égalité réelle et avec les principes établis par la Cour dans les arrêts *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, et *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Les recommandations qu'ils formulent à l'égard de ces éléments du dossier illustrent qu'ils ont adopté une approche contextualisée qui porte le regard au-delà de la discrimination manifeste et intentionnelle, soit sur les partis pris structurels et inconscients qui peuvent miner l'équité des procès, l'impartialité des membres du jury et l'égalité pour les personnes accusées ainsi que pour les victimes.

[111] Je me dissocie toutefois de la décision de mes collègues d'aller plus loin et de décrire leur interprétation du pouvoir accru de mise à l'écart prévu à l'art. 633 et de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées. Mes collègues rejettent le recours au pouvoir de mise à l'écart pour accroître la probabilité que des membres du jury provenant de certains groupes marginalisés soient choisis pour être membres du petit jury. Ils le font sur le fondement de « sérieuses questions d'ordre constitutionnel » et de problèmes pratiques qu'ils craignent de voir survenir si l'art. 633 était utilisé de cette façon. Ils mettent également en garde contre l'expansion de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées.

[112] Ces questions sont complexes, comportent de multiples facettes et sont sans importance pour l'issue du présent appel. À mon avis, il est préférable de ne pas en traiter ici compte tenu de l'absence d'observations de la part des parties et de l'insuffisance de la jurisprudence des tribunaux d'instances inférieures sur le sujet. Cependant, puisque mes collègues ont exprimé leur opinion, je formulerai de brefs commentaires sur les considérations qui sont pertinentes pour interpréter la portée des mises à l'écart et des récusations motivées.

[113] En ce qui a trait au pouvoir de mise à l'écart, je mettrai en garde contre une approche qui accorde un poids indu au principe de la sélection aléatoire. Le caractère aléatoire joue un rôle clé dans la sélection du jury (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525) et il peut être un moyen de favoriser la représentativité et l'impartialité des membres du jury. Cependant, il n'est ni une fin en soi (*R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S.

(dissenting); *R. v. Brown* (2006), 219 O.A.C. 26, at para. 25) nor a freestanding constitutional imperative. The jury selection system is not and has never been one of pure random selection: challenges for cause, the Crown's former stand by power, and peremptory challenges each involve a departure from random selection.

[114] Further, in an unequal society, randomness may prevent deliberate exclusion while nonetheless producing discriminatory outcomes. This Court has recognized that “racial prejudice and discrimination are intractable features of our society” (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 1). Many systemic factors distort the composition of the roll, the composition of those who show up for jury duty, and the composition of those ultimately selected for the petit jury, leading to underrepresentation of certain groups at all stages (see, e.g., K. Roach, “Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 1; F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013); see also G. T. Roccamo, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (June 2018) (online), at p. 11).

[115] It is open to Parliament to legislate to address these problems. Random selection from broad-based lists was established as a constitutional minimum in *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398. However, that case did not address whether Parliament could implement further measures for assuring representativeness and impartiality, including measures to deliberately *include* underrepresented groups. As long as such measures comply with the Constitution, the only question is what Parliament intended.

[116] Here, the words Parliament used to communicate its intention were “public confidence in the administration of justice”. In interpreting this

91, p. 114, le juge Gonthier (dissident); *R. c. Brown* (2006), 219 O.A.C. 26, par. 25), ni une exigence constitutionnelle autonome. Le système de sélection du jury n'est pas purement aléatoire et ne l'a jamais été. Les récusations motivées, l'ancien pouvoir de mise à l'écart de la Couronne et les récusations péremptoires impliquent chacun et chacune un écart par rapport à la sélection aléatoire.

[114] En outre, dans une société inégalitaire, le caractère aléatoire peut empêcher une exclusion délibérée tout en donnant lieu à des résultats discriminatoires. La Cour a reconnu que les « préjugés raciaux et [la] discrimination sont tenaces dans notre société » (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 1). De nombreux facteurs systémiques altèrent la composition de la liste, celle des personnes qui se présentent pour remplir la fonction de membre du jury, et celle des personnes qui sont ultimement choisies pour être membres du petit jury, ce qui entraîne une sous-représentation de certains groupes à toutes les étapes (voir, p. ex., K. Roach, « Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 1; F. Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013); voir aussi G. T. Roccamo, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (juin 2018) (en ligne), p. 11).

[115] Il appartient au Parlement de légiférer pour régler ces problèmes. Une sélection aléatoire à partir de listes résultant d'un large échantillonnage constitue une norme constitutionnelle minimale établie par l'arrêt *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398. Cette cause n'a toutefois pas répondu à la question de savoir si le Parlement pouvait mettre en œuvre des mesures supplémentaires pour garantir la représentativité et l'impartialité, y compris des mesures pour *inclure* délibérément les groupes sous-représentés. Si ces mesures sont constitutionnelles, la seule question qui se pose est celle de l'intention du Parlement.

[116] En l'espèce, le Parlement a utilisé l'expression « confiance du public envers l'administration de la justice » pour communiquer son intention.



phrase, courts must take the perspective of “reasonable, well-informed members of the community, but not legal experts with in-depth knowledge of our criminal justice system” (*R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 5). It is true that the reasonable person will know of other safeguards in the jury selection process that seek to advance the independence and impartiality of the jury. However, an informed observer is also “taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community” (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 111, per Cory J.). Moreover, a reasonable observer is taken to be “properly informed about ‘the philosophy of the legislative provisions’” and Charter values (*R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 41, citing *R. v. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86, at para. 18; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 68; *St-Cloud*, at para. 79). Included among those values is substantive equality, “the animating norm of s. 15 of the Charter” (*Barton*, at para. 202). The reasonable observer would be aware that the amendments in Bill C-75 respond to long-standing concerns about inadequate Indigenous representation on juries and the resulting impacts on public confidence. Those concerns were articulated by the Manitoba Aboriginal Justice Inquiry in 1991 in relation to the case of Helen Betty Osbourne (Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), at pp. 85-88) and carry through to the present day (Roach (2020), at p. 13).

[117] I acknowledge that departing from randomness by using the stand-aside power to enhance diversity may give rise to practical challenges. However, those problems should not be overstated. The mischief targeted by Parliament was the all-too-common incidence of all-white juries in trials involving Indigenous and racialized accused persons or victims *in spite of* the diversity of the local

Lorsqu’ils interprètent cette expression, les tribunaux doivent adopter le point de vue de la « 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 » (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 5). Certes, la personne raisonnable connaît les autres mesures de protection dont est assorti le processus de sélection du jury et qui visent à favoriser l’indépendance et l’impartialité du jury. Cependant, une personne raisonnable et bien informée est « censée [. . .] connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l’ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 111, le juge Cory). De plus, cette personne est censée être « bien informée [TRADUCTION] “de la philosophie des dispositions législatives” » et des valeurs consacrées par la Charte (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86, par. 18; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 68; *St-Cloud*, par. 79). Une de ces valeurs est l’égalité réelle, « la norme sous-tendant l’art. 15 de la Charte » (*Barton*, par. 202). La personne raisonnable est censée savoir que les modifications apportées par le projet de loi C-75 répondent à des préoccupations de longue date quant à la représentation inadéquate des Autochtones parmi les membres du jury et des incidences de cette réalité sur la confiance du public. Ces préoccupations ont été énoncées par la Manitoba Aboriginal Justice Inquiry en 1991 relativement à la cause d’Helen Betty Osbourne (Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), p. 85-88) et perdurent jusqu’à nos jours (Roach (2020), p. 13).

[117] Je reconnais que le fait de s’éloigner du caractère aléatoire en utilisant le pouvoir de mise à l’écart pour accroître la diversité peut donner lieu à des défis sur le plan pratique. Il ne faudrait toutefois pas exagérer ces problèmes. Le mal que visait le Parlement était celui de l’existence combien trop fréquente de jurys constitués exclusivement de Blancs dans des procès où les personnes accusées ou les

community. It is obvious that Parliament had no intention of requiring judges to guarantee that every jury represents a “national ideal of Canadian diversity . . . irrespective of the particular diversity of the local community” (reasons of Moldaver and Brown JJ., at para. 75). Section 633 does not impose rigid requirements respecting the precise composition of the jury, but rather confers a broad and flexible discretion that can be tailored to the circumstances in which it is exercised.

[118] In my respectful view, the question of whether and to what extent the stand-aside power can be used to enhance jury diversity should be left to another day when it is squarely before us. My colleagues’ resolution of the main issue on this appeal — whether the elimination of peremptory challenges is constitutional — does not require them to impose limits on the stand-aside power. We heard no argument on the practical challenges of using stand asides in this way, and it has not been clearly shown that those challenges are constitutional in nature or insurmountable in practice. Determining the standard to maintain “public confidence in the administration of justice” raises complexities not fully aired here and it is inappropriate to decide them in this appeal.

[119] With respect to challenges for cause, I agree with my colleagues Moldaver and Brown JJ. that *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), does not describe the only questions available on a challenge for cause. Indeed, trial judges are afforded the latitude to depart from the *Parks*-style formula where appropriate to ensure juror impartiality. This Court has encouraged trial judges to “err on the side of caution and permit prejudices to be examined” through the challenge for cause process (*Williams*, at para. 22; see also *Parks*, at p. 335, and *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 45).

victimes sont autochtones et racisées, *en dépit de* la diversité de la communauté locale. Il est évident que le Parlement n’avait pas l’intention d’exiger des juges qu’ils garantissent que chaque jury représente « un idéal national de diversité canadienne [. . .] sans égard pour la diversité particulière de la communauté locale » (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 75). L’article 633 n’impose pas d’exigences rigides quant à la composition précise du jury; il confère plutôt un pouvoir discrétionnaire large et souple qui peut être adapté aux circonstances dans lesquelles il est exercé.

[118] Selon moi, la question de savoir si le pouvoir de mise à l’écart peut être utilisé pour accroître la diversité du jury, et dans quelle mesure il doit l’être, ne devrait être traitée que lorsque nous en serons clairement saisis. Pour répondre à la question principale que pose le présent appel — soit celle de savoir si l’élimination des récusations péremptoires est constitutionnelle —, mes collègues n’ont pas à imposer des limites au pouvoir de mise à l’écart. Aucun argument n’a été porté à notre attention quant aux défis pratiques que poserait un tel recours aux mises à l’écart, et il n’a pas été clairement démontré que ces défis sont de nature constitutionnelle ou qu’ils sont insurmontables concrètement. Fixer la norme pour maintenir « la confiance du public envers l’administration de la justice » soulève des questions complexes dont il n’a pas été pleinement traité ici et il est inapproprié d’y répondre dans le contexte du présent appel.

[119] En ce qui a trait aux récusations motivées, je conviens avec mes collègues Moldaver et Brown que l’arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), ne dresse pas une liste exhaustive des questions qui peuvent être posées lors d’une récusation motivée. En effet, le juge du procès dispose de la latitude nécessaire pour s’écarter de la formulation du type de celle prescrite par l’arrêt *Parks* lorsqu’il est approprié de le faire pour garantir l’impartialité des membres du jury. La Cour a encouragé le juge du procès à « pécher par excès de prudence et [à] permettre d’examiner les préjugés » au moyen du processus de récusations motivées (*Williams*, par. 22; voir aussi *Parks*, p. 335, et *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 45).

[120] It is true that when questioning prospective jurors on their biases, the privacy interests of those persons must be respected (*Kokopenace*, at para. 74, per Moldaver J.; at para. 156, per Karakatsanis J.; and at para. 227, per Cromwell J. (dissenting but not on this point)). With good reason, this Court has explicitly declined to adopt the kind of highly intrusive questioning for challenges for cause that can be seen in the United States (*Find*, at para. 27). Yet privacy is just one interest to be weighed against others (V. MacDonnell, “The Right to a Representative Jury: Beyond *Kokopenace*” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334, at p. 346).

[121] This Court has also warned against setting a threshold for accessing challenges for cause that “would catch only the grossest forms of racial prejudice” (*Williams*, at para. 39). Indeed, some scholars question whether the *Parks* formula captures anything beyond “the grossest forms of racial prejudice”, and whether it fosters the kind of introspection and self-consciousness it should (see K. Roach, *Canadian Justice, Indigenous Justice: The Gerald Stanley and Colten Boushie Case* (2019), at p. 92; D. M. Tanovich, “The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 656, at p. 683). Ultimately, in deciding whether to allow challenges for cause and in settling on the form of permissible questioning, courts must be allowed to exercise their discretion in accordance with the wording and purpose of s. 638(1)(b), the accused’s right to a fair and impartial tribunal, and *Charter* values, including substantive equality (*Williams*, at para. 49).

[122] In my view, the Court should not use this case to circumscribe how judges may apply these recently-amended procedures. For the purpose of disposing of the constitutional issue before us, it is unnecessary to prescribe limits on how stand asides and challenges for cause may be used. Nor did we have the benefit of full submissions on whether those limits are appropriate. In the absence of argument on these issues, this Court should not make a ruling on them, especially one which might have the effect

[120] Certes, en interrogeant des membres possibles du jury sur leurs partis pris, il faut respecter leur droit à la vie privée (*Kokopenace*, par. 74, le juge Moldaver; par. 156, la juge Karakatsanis; et par. 227, le juge Cromwell (dissident, mais pas sur ce point)). Avec raison, la Cour a explicitement refusé d’adopter, dans le cadre des récusations motivées, le type d’interrogatoire hautement intrusif qu’on retrouve aux États-Unis (*Find*, par. 27). Cela dit, le respect de la vie privée n’est qu’un des droits à mettre en balance avec d’autres (V. MacDonnell, « The Right to a Representative Jury : Beyond *Kokopenace* » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334, p. 346).

[121] La Cour a également mis en garde contre le fait de fixer un seuil donnant ouverture aux récusations motivées qui « ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux » (*Williams*, par. 39). En effet, certains auteurs se demandent si la formulation prescrite par l’arrêt *Parks* vise davantage que « les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux », et si elle favorise le type d’introspection et de conscience de soi qu’elle devrait favoriser (voir K. Roach, *Canadian Justice, Indigenous Justice : The Gerald Stanley and Colten Boushie Case* (2019), p. 92; D. M. Tanovich, « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 656, p. 683). En définitive, lorsqu’ils décident d’autoriser ou non les récusations motivées et lorsqu’ils se prononcent sur la forme de l’interrogatoire permis, les tribunaux doivent être libres d’exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément au libellé et à l’objet de l’al. 638(1)(b), au droit de la personne accusée à un tribunal équitable et impartial, et aux valeurs protégées par la *Charte*, y compris l’égalité réelle (*Williams*, par. 49).

[122] À mon avis, la Cour ne devrait pas utiliser la présente cause pour circonscrire l’usage que pourront faire les juges de ces procédures récemment modifiées. Pour trancher la question constitutionnelle dont nous sommes saisis, il n’est pas nécessaire de fixer des limites à la façon de recourir aux mises à l’écart et aux récusations motivées. Nous n’avons en outre pas eu le bénéfice d’observations complètes sur l’à-propos de ces limites. En l’absence de telles observations, la Cour devrait s’abstenir de se prononcer

of foreclosing the use of the new stand-aside power for purposes that were contemplated by Parliament.

[123] Any premature determination is fraught with risks, but those risks are magnified when, as here, Parliament has chosen to depart from long-standing past practice to significantly alter how juries are chosen. The knock-on effects of these changes cannot currently be foreseen. As such, given that issues around the proper use of s. 633 and the scope of questioning on challenges for cause have not been directly raised, the preferable process would be for this Court to wait and see how the interlocking pieces of this new statutory regime work together in practice before weighing in with limits on how they may be used. In my respectful view, a cautious approach is advisable to allow the new regime to develop organically and as intended, rather than dictating restrictive rules that hedge in the further development of safeguards designed to enhance fairness and impartiality.

The following are the reasons delivered by

[124] ROWE J. — I agree with my colleagues Moldaver and Brown JJ. that the abolition of peremptory challenges is constitutionally valid and that the legislative change is purely procedural and has retrospective application. I would adopt their reasons. However, I am compelled to write separately on the risk that constitutionalizing statutory provisions through the jurisprudence poses. I am in agreement with my colleagues on their explanation of the role of courts with respect to policy decisions made by Parliament in the context of an analysis under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Moldaver and Brown JJ.’s reasons, at para. 84). My wish here is to expand on this issue.

[125] Section 11(d) of the *Charter* protects the right of an accused “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public

sur la question, surtout en rendant une décision qui pourrait empêcher le recours au nouveau pouvoir de mise à l’écart pour les fins que visait le Parlement.

[123] Toute décision prématurée comporte des risques. Ceux-ci sont toutefois accrus lorsque, comme ici, le Parlement a choisi d’écarter une pratique passée de longue date pour modifier considérablement comment les jurys sont choisis. Il est actuellement impossible de prévoir les répercussions de ces changements. Ainsi, puisque les questions relatives au recours approprié à l’art. 633 et à la portée de l’interrogatoire dans le cadre des récusations motivées n’ont pas été directement soulevées, il serait préférable que la Cour attende et constate comment les éléments interreliés de ce nouveau régime législatif agissent les uns par rapport aux autres en pratique avant d’imposer des limites à leur utilisation. Avec égards, je suis d’avis qu’il est souhaitable d’adopter une approche prudente pour que le nouveau régime puisse évoluer de manière organique et comme prévu, plutôt que de prescrire des règles restrictives qui entravent l’évolution future de mesures de protection conçues pour accroître l’équité et l’impartialité.

Version française des motifs rendus par

[124] LE JUGE ROWE — À l’instar de mes collègues les juges Moldaver et Brown, je suis d’avis que l’abolition des récusations péremptoires est valide sur le plan constitutionnel et que cette modification législative est purement procédurale et s’applique rétrospectivement. J’adhère donc à leurs motifs. Toutefois, je suis contraint d’écrire séparément sur le risque que pose la constitutionnalisation de dispositions législatives par la jurisprudence. Je souscris à l’explication de mes collègues quant au rôle des tribunaux — dans le contexte d’une analyse fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* — relativement au respect des décisions de politique prises par le Parlement (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 84). Je souhaite toutefois ajouter quelques commentaires sur la question.

[125] L’alinéa 11d) de la *Charte* protège le droit d’un accusé « d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi,

hearing by an independent and impartial tribunal”. Section 11(f) of the *Charter* constitutionalizes “the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment”. These provisions give an accused the right to benefit from a fair trial by an independent and impartial jury (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, per McLachlin J. (as she then was); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1313-1314). However, one must bear in mind that “a fair trial does not, however, guarantee the most favourable procedures imaginable” (*R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 30; see also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at p. 921; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 67).

[126] These *Charter* provisions protect the fundamental rights of an accused, but do not mandate *specific* procedural mechanisms to give effect to them. The contrary view, expressed indirectly by various parties, is that statutory provisions adopted by Parliament to give effect to these rights are themselves constitutionally protected, such that it is beyond the competence of Parliament to repeal them. Constitutionalizing the specific statutory provisions by which Parliament gives effect to constitutional rights is misguided. It is not for the courts to substitute their policy preferences for those of the legislature; rather courts should limit themselves to deciding whether in the result constitutional protections have been infringed.

[127] Peremptory challenges are one way in which the right to trial by jury is operationalized. Having judges decide challenges for cause rather than lay triers is another. Adopting, amending or repealing such procedures raises no constitutional issue unless thereby trials by jury become unfair and fall short of the constitutional guarantee to a fair trial. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, incorporates such mechanisms to give operational effect to these

par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable ». L’alinéa 11f) de la *Charte* constitutionnalise le droit d’un accusé « 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 ». Ces dispositions confèrent le droit à l’accusé de bénéficier d’un procès équitable tenu devant un jury indépendant et impartial (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193, la juge McLachlin (plus tard juge en chef); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1313-1314). Cela dit, il faut garder à l’esprit qu’un « procès équitable ne garantit toutefois pas les procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer » (*R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 30; voir aussi, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, p. 921; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 67).

[126] Ces dispositions de la *Charte* protègent les droits fondamentaux de l’accusé, mais elles n’imposent pas de mécanismes procéduraux *spécifiques* pour leur donner effet. Selon l’opinion contraire, exprimée indirectement par plusieurs parties, les dispositions législatives adoptées par le Parlement pour donner ainsi effet à ces droits seraient elles-mêmes protégées par la Constitution, de sorte que le législateur ne serait pas compétent pour les abroger. La constitutionnalisation de dispositions législatives spécifiques par lesquelles le Parlement donne effet à des droits constitutionnels est malavisée. Il n’appartient pas aux tribunaux de substituer leurs préférences quant aux décisions de politique à celles du législateur; ils doivent plutôt se limiter à décider si les mesures législatives en cause ont entraîné la violation de droits protégés par la Constitution.

[127] Les récusations péremptoires sont un moyen de mettre en œuvre le droit à un procès avec jury. Confier aux juges plutôt qu’à des profanes les décisions quant au bien-fondé des récusations en est un autre. Le fait d’adopter, de modifier ou d’abroger de telles procédures ne soulève pas de question constitutionnelle à moins que, ce faisant, les procès avec jury deviennent inéquitables et ne satisfassent plus au droit constitutionnel qu’a l’accusé à un procès

rights. But such mechanisms are not, themselves, constitutionally protected; rather, they are merely modalities, chosen among various others. As the Attorney General of Manitoba pointed out in its factum, the *Charter* does not “crystallise any . . . procedure . . . [n]or . . . freeze in time the jury trial, along with its procedural trappings . . . as they existed in 1982” (I.F., para. 28). As the Crown argued:

While the exercise of peremptory challenges may have had subjective value for the accused by enhancing his or her perception of fairness, there is a crucial distinction between that concept and the essential characteristics of the jury system that are constitutionally protected. Even if peremptory challenges had some benefits, such benefits are not guaranteed under the *Charter*.

(R.F., at para. 37)

For the reasons that follow, I will explain why courts should not constitutionalize statutory provisions.

### I. Analysis

[128] Our Constitution is written and unwritten (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 92). A structural analysis of the underlying principles of our Constitution can inform and assist in the proper interpretation of constitutional provisions (*Re Secession*, at paras. 49-54, see also M. Rowe and N. Déplanche, “Canada’s Unwritten Constitutional Order: Conventions and Structural Analysis” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 431, at p. 437). In the present case, two of these principles can shed light on the issue of *Charter* compliance: first, the separation of powers, and second, parliamentary sovereignty, an expression of the fundamental principle of democracy.

équitable. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, incorpore de tels mécanismes afin de donner effet à ces droits. Cependant, de tels mécanismes ne sont pas, eux-mêmes, protégés par la Constitution; ils ne constituent que des modalités, choisies parmi diverses autres. Comme l’a souligné le procureur général du Manitoba dans son mémoire, la *Charte* ne [TRADUCTION] « cristallise aucune procédure [. . .] [n]i [. . .] ne fige le procès avec jury dans le temps, avec les défauts de nature procédurale [. . .] qui existaient en 1982 » (m. interv., par. 28). Comme la Couronne l’a plaidé :

[TRADUCTION] S’il est vrai que le recours aux récusations péremptoires a pu avoir une valeur subjective pour l’accusé en rehaussant sa perception d’équité, il existe une distinction cruciale entre ce concept et les caractéristiques essentielles du système avec jury qui sont protégées par la Constitution. Même si les récusations péremptoires avaient certains avantages, ces derniers ne sont pas protégés par la *Charte*.

(m.i., par. 37)

Par les motifs qui suivent, je vais expliquer pourquoi les tribunaux devraient s’abstenir de constitutionnaliser des dispositions législatives.

### I. Analyse

[128] Notre Constitution est à la fois écrite et non écrite (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 92). Une analyse structurelle des principes sous-jacents de notre Constitution peut renseigner et aider à interpréter comme il se doit les dispositions constitutionnelles (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 49-54; voir aussi M. Rowe et N. Déplanche, « Canada’s Unwritten Constitutional Order : Conventions and Structural Analysis » (2020), 98 *R. du B. can.* 431, p. 437). En l’espèce, deux de ces principes peuvent jeter un éclairage sur la question du respect de la *Charte* : premièrement, la séparation des pouvoirs et, deuxièmement, la souveraineté parlementaire, une expression du principe fondamental de démocratie.

A. *Separation of Powers: the Courts and the Legislature*

[129] Constitutionalizing statutory provisions is contrary to the separation of powers between the legislature and the judiciary. The separation of powers has been described by this Court as the “backbone of our constitutional system” (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 3).

[130] While the legislature “chooses the appropriate response to social problems, makes policy decisions and enacts legislation”, the judiciary “interprets and applies the law, . . . acts as judicial arbiters” and ensures that laws and government action conform to constitutional norms (G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), p. 105, § 3.131, referring to *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 28; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at para. 39). The legislative and judicial branches have distinct roles and institutional capacities (*Criminal Lawyers’ Association*, at para. 29). Accordingly, as McLachlin J. (as she then was) explained in *New Brunswick Broadcasting Co.*:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other. [Emphasis added; p. 389.]

[131] This is so because courts are “not fitted” to get “involved in a review of legislative policy”

A. *La séparation des pouvoirs : le judiciaire et le législatif*

[129] Constitutionnaliser des dispositions législatives contrevient à la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Or, la séparation des pouvoirs a été décrite par la Cour comme « la base de notre système constitutionnel » (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 3).

[130] Tandis que le législateur [TRADUCTION] « choisit la réponse qui convient aux problèmes sociaux, prend les décisions de politique et adopte les lois », les tribunaux « interprètent et appliquent les lois, [. . .] agissent à titre d’arbitres judiciaires » et s’assurent que les lois et l’action gouvernementale respectent les normes constitutionnelles (G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2<sup>e</sup> éd. 2017), p. 105, § 3.131, renvoyant à *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, par. 39). Les branches législative et judiciaire jouent des rôles distincts et ont des attributions institutionnelles qui leur sont propres (*Criminal Lawyers’ Association*, par. 29). Ainsi, comme l’a expliqué la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l’organisme législatif, l’exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l’ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu’aucune de ces branches n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre. [Je souligne; p. 389.]

[131] Il en est ainsi parce que les tribunaux « n[e] [sont] pas fait[s] » pour « assumer une fonction de

(*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.*), [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 392, per Le Dain J.). In a similar vein, McIntyre J., dissenting in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, said a judge cannot strike down legislation merely because the legislature’s decision is bad policy: “Parliament has the necessary resources and facilities to make a detailed inquiry [and] has the capacity to make a much more extensive inquiry into matters concerning social policy than has the Court” (p. 1101). As McIntyre J. held in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 493, “it is not for the Court . . . to postulate some alternative which in its view would offer a better solution to the problem, for to do so is to enter the legislative field” (see also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 796 and 801, per La Forest J., concurring).

[132] Therefore, with respect to the *Charter*, the role of the courts “is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions” (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 194, per La Forest J., concurring, see also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1199, per Lamer J. (as he then was); *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 136).

[133] When “struggling with questions of social policy and attempting to deal with conflicting [social] pressures, ‘a legislature must be given reasonable room to manoeuvre’” (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 627, citing *Edwards Books*, at p. 795, see also H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 825, para. X.54). Parliament has better knowledge of social problems and is better equipped to deal with such problems through legislation (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61). Therefore, democratically elected legislatures are in a better position to weigh competing interests and evaluate policy options for complex

contrôle de politiques législatives » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 392, le juge Le Dain). Dans le même ordre d’idées, le juge McIntyre, dissident dans *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, a affirmé qu’un juge ne peut pas invalider une loi uniquement parce que la décision du législateur est mauvaise sur le plan des décisions de politique : « [I]e Parlement dispose des ressources et des instruments nécessaires pour effectuer des enquêtes détaillées [et] [i]l est beaucoup mieux en mesure qu’un tribunal de procéder à un examen approfondi des questions relatives aux politiques sociales » (p. 1101). Comme l’a conclu le juge McIntyre dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 493, « il n’appartient pas à la Cour [. . .] de formuler une autre possibilité qui, à son avis, offrirait une meilleure solution au problème, car ce serait empiéter sur le domaine législatif » (voir aussi *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 796 et 801, le juge La Forest, opinion concordante).

[132] Par conséquent, en ce qui a trait à la *Charte*, le rôle des tribunaux « est d’assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, le juge La Forest, opinion concordante; voir aussi *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1199, le juge Lamer (plus tard juge en chef); *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136).

[133] « [L]orsqu’il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions opposées », « le législateur doit disposer d’une marge de manoeuvre raisonnable » (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 627-628, citant *Edwards Books*, p. 795; voir aussi H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 815, par. X.54). Le législateur a une meilleure connaissance des problèmes sociaux et dispose de meilleurs outils pour y faire face au moyen de lois (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761). Ainsi, les assemblées législatives élues démocratiquement sont mieux placées pour soulever les intérêts opposés relativement à des questions



social issues (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993). In our constitutional democracy, legislatures must have the means to respond to societal changes through ordinary statutes (W. R. Lederman, “Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1, at p. 2).

[134] Constitutionalizing statutory provisions elides and curtails the role of legislatures in the operationalization of the *Charter*. While it is for the courts to serve as final arbiters in the interpretation of the *Charter*, they “do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms” (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 58). Legislatures are indispensable to secure, protect and promote *Charter* rights (G. Webber et al., *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (2018), at p. 25). While the adoption of the *Charter* affected the relationship and powers of the legislature and the courts, they remain “partners and not rivals in the total process of delivering justice under the rule of law to the people” (Lederman, at p. 24). This is why the relation between courts and legislatures has been described as one of dialogue among branches, in which legislatures can respond to the courts (*Vriend*, at para. 138). Removing legislatures’ ability to repeal or modify statutory provisions is inconsistent with this dialogic partnership.

[135] The different institutional roles and capacities of the judicial and legislative branches have an impact on the remedies courts can order upon finding that a law is unconstitutional. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that

[w]hile the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it, it is the legislature’s responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution’s requirements. It

sociales complexes et évaluer les différentes options de politique pour y faire face (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993). Dans notre démocratie constitutionnelle, le législateur doit disposer des moyens pour réagir aux changements sociaux en adoptant des lois ordinaires (W. R. Lederman, « Democratic Parliaments, Independent Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1, p. 2).

[134] La constitutionnalisation de dispositions législatives écarte et restreint le rôle du législateur pour donner effet à la *Charte*. Bien qu’il appartienne aux tribunaux d’agir à titre d’arbitres ultimes pour l’interprétation de la *Charte*, ils « n’ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 58). Le législateur est indispensable pour garantir, protéger et promouvoir les droits visés par la *Charte* (G. Webber et autres, *Legislated Rights : Securing Human Rights through Legislation* (2018), p. 25). Certes, l’adoption de la *Charte* a modifié la relation entre le législateur et les tribunaux, de même que leurs pouvoirs; ils demeurent malgré tout [TRADUCTION] « des partenaires et non des rivaux dans le processus global visant à rendre la justice pour la population dans le respect de la primauté du droit » (Lederman, p. 24). C’est pourquoi la relation entre les tribunaux et les assemblées législatives a été décrite comme un dialogue entre les branches de l’État, où ces assemblées peuvent répondre aux tribunaux (*Vriend*, par. 138). Éliminer la capacité de ces dernières d’abroger ou de modifier des dispositions législatives est incompatible avec ce partenariat dialogique.

[135] Les rôles et les capacités institutionnels différents des pouvoirs judiciaire et législatif ont une incidence sur les mesures de réparation que les tribunaux sont en mesure d’ordonner lorsqu’ils concluent qu’une loi est inconstitutionnelle. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a jugé que

[m]ême si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d’adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de

should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [p. 169]

Recently, in *Ontario (A.G.) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, Karakatsanis J., writing for the majority, stated at para. 114:

... if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. *Schachter* cautioned that tailored remedies should only be granted where it can be fairly assumed that “the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part” and where it is possible to precisely define the unconstitutional aspect of the law (p. 697, citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). If it appears unlikely that the legislature would have enacted the tailored version of the statute, tailoring the remedy would not conform to its policy choice and would therefore undermine parliamentary sovereignty (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679), at pp. 705-6; *Hunter* at p. 169).

[136] Being mindful of the separation of powers, this Court recognized in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96, that when “there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of [a] current system, [i]t is not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished” (see also: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at pp. 392-93; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 34; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. loose-leaf), ¶3.740). Thus, even if repealing a legislative scheme produces unconstitutional effects, this does not mean that Parliament is “constitutionally required to keep [it] on the books” (*Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 33). Rather, Parliament has latitude to select the means to correct this constitutional defect.

la Constitution. Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [p. 169]

Récemment, au par. 114 de l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, la juge Karakatsanis a écrit, au nom des juges majoritaires :

... si les circonstances ne se prêtent pas à l’octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a précisé que des réparations adaptées ne devraient être accordées que s’il est très plausible de présumer que « le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » et qu’il est possible de définir avec précision la partie inconstitutionnelle de la loi (p. 697, citant *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). S’il semble peu probable que le législateur aurait édicté la version adaptée de la loi, l’adaptation de la réparation ne serait pas conforme à son choix de politique et porterait donc atteinte à la souveraineté parlementaire (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 705-706; *Hunter*, p. 169).

[136] Soucieuse de la séparation des pouvoirs, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96, que lorsque « le gouvernement dispose d’une myriade de solutions susceptibles de remédier à l’inconstitutionnalité du régime actuel, [il] n’appartient pas à notre Cour de lui dicter le moyen à prendre » (voir aussi : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 392-393; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 34; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), ¶3.740). Ainsi, même si l’abrogation d’un régime législatif produit des effets inconstitutionnels, cela ne signifie pas que le Parlement ait « l’obligation constitutionnelle de [le] garder en vigueur » (*Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 33). Il a plutôt la latitude de choisir comment corriger cette inconstitutionnalité.

[137] In sum, courts should not overstep their role when assessing whether statutory regimes comply with the requirements of the *Charter*: “While it is the role of the courts to specify [constitutional] standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards” (*Mills*, at para. 59). Consequently, constitutionalizing statutory regimes, thereby preventing legislatures from modifying or repealing them, would be contrary to the separation of powers.

#### B. *Parliamentary Sovereignty and Democracy*

[138] Constitutionalizing statutory provisions would also be in conflict with the principle of parliamentary sovereignty, a cornerstone of our Constitution (Régimbald and Newman, at p. 73, § 3.60). This unwritten principle has been defined in the English context as follows:

The principle of Parliamentary Sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.

(*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 54, citing A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 39-40 and 55)

[139] This principle is not absolute. It is qualified by our federal structure, by the rights and freedoms protected by the *Charter* and by Aboriginal and treaty rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at paras. 56-57, see also *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 91; Régimbald and Newman, at p. 70, § 3.64).

[140] Parliamentary sovereignty entails the rule that “neither Parliament nor the legislatures can, by ordinary legislation, fetter themselves against some

[137] En somme, les tribunaux doivent s’abstenir d’outrepasser leur rôle lorsqu’ils examinent si les régimes législatifs satisfont aux exigences de la *Charte* : « Bien qu’il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes [constitutionnelles], il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont » (*Mills*, par. 59). En conséquence, constitutionnaliser des régimes législatifs, empêchant ainsi le Parlement de les modifier ou de les abroger, contreviendrait à la séparation des pouvoirs.

#### B. *La souveraineté parlementaire et la démocratie*

[138] Le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives contreviendrait aussi au principe de la souveraineté parlementaire, un pilier de notre Constitution (Régimbald et Newman, p. 73, § 3.60). Ce principe non écrit a été défini comme suit dans le contexte anglais :

[TRADUCTION] Le principe de la souveraineté parlementaire veut tout simplement dire que le Parlement, ainsi défini, a, en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d’abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler.

(*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54, qui cite A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10<sup>e</sup> éd. 1959), p. 39-40 et 55)

[139] Ce principe n’est pas absolu. Il est limité par notre structure fédérale, par les droits et libertés protégés par la *Charte* et par les droits ancestraux ou issus de traités reconnus au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 56-57; voir aussi *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 91; Régimbald et Newman, p. 70, § 3.64).

[140] La souveraineté parlementaire suppose l’existence de la règle selon laquelle il est « interdit au Parlement et aux législatures d’entraver, par

future legislative action” (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 119, referring to P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 12-8 et seq., see also *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 25). Thus, subject to limits imposed by the Constitution, the legislature can legislate as it so chooses. Accordingly, Parliament’s capacity to enact legislation also encompasses the capacity to repeal it. This feature of the Constitution means that “in a democratic society important public policy choices should be made in the elected legislative assemblies” (Hogg, at p. 12-7).

[141] Parliamentary sovereignty is an expression of a more fundamental principle: democracy. Constitutionalizing statutory provisions undermines the democratic principle, whereby citizens participate in making laws through public institutions created under the Constitution (*Reference re Secession*, at paras. 61-69). The wisdom of political choices should be left to such institutions that are accountable to the public through electoral processes (Lederman, at pp. 10-11). As Harding and Knopff explain, “the democratic side of a ‘constitutional democracy’ can persist only if some publicly important issues lie beyond the reach of the legal Constitution — only, that is, if we do not constitutionalize everything” (M. S. Harding and R. Knopff, “Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141, at p. 143).

[142] The concept that once certain statutory provisions are enacted, Parliament is constitutionally prevented from repealing them, is flawed. As the Ontario Court of Appeal stated in *Ferrel v. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97, “[i]t would be ironic . . . if legislative initiatives . . ., once enacted, become frozen into provincial law and susceptible only of augmentation and immune from curtailing amendment or outright repeal without s. 1 justification” (p. 110). Preventing Parliament from repealing a statutory

une loi ordinaire, l’exercice futur de leur pouvoir de légiférer » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 119, référant à P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 12-8 et suiv.; voir aussi *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 25). Ainsi, sous réserve des limites prescrites par la Constitution, le législateur peut légiférer comme il le souhaite. Son pouvoir d’adopter des lois comprend donc également celui de les abroger. Cette caractéristique de la Constitution signifie que [TRADUCTION] « dans une société démocratique, il revient aux assemblées législatives élues de faire les choix importants de politique publique » (Hogg, p. 12-7).

[141] La souveraineté parlementaire est une expression d’un principe plus fondamental : la démocratie. Ainsi, le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives mine le principe de démocratie, selon lequel les citoyens participent à l’élaboration des lois par l’intermédiaire d’institutions publiques créées conformément à la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 61-69). La sagesse des choix politiques devrait être laissée à ces institutions qui en assument la responsabilité publique par le truchement des processus électoraux (Lederman, p. 10-11). Comme les auteurs Harding et Knopff l’expliquent, [TRADUCTION] « l’aspect démocratique d’une “démocratie constitutionnelle” ne peut persister que si certaines questions importantes pour le public restent hors de la portée de la Constitution légale — autrement dit, que si nous ne constitutionnalisons pas tout » (M. S. Harding et R. Knopff, « Constitutionalizing Everything : The Role of “Charter Values” » (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141, p. 143).

[142] Le concept selon lequel une fois que certaines dispositions législatives sont adoptées, la Constitution interdit au législateur de les abroger est vicié. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Ontario dans *Ferrel c. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97, [TRADUCTION] « [i]l serait ironique [. . .] que les initiatives législatives [. . .], une fois adoptées, soient gelées dans le droit provincial, susceptibles uniquement d’être revues à la hausse, et à l’abri de toute modification restrictive ou d’une abrogation

provision, and (in effect) incorporating its content into the *Charter* would undermine Parliamentary sovereignty.

[143] While a right to a fair and public jury trial, as a practical matter, calls for certain positive measures by Parliament, this is different from the proposition that every significant statutory provision with respect to jury trials is elevated to constitutional status. The *Charter* protects the right of the accused to a fair trial by a jury; it does not enshrine particular procedures chosen by Parliament.

[144] Addressing this problem, Lederman wrote:

The general standards of an entrenched *Charter of Rights and Freedoms* are frequently heavily dependent on detailed implementation by ordinary statutes and regulations, and, at this latter ordinary level, legitimate alternatives and exceptions may appear and require dealing with. Often, the specific reforms people want are available by ordinary statutory actions at either the provincial or federal level and are not basic constitutional issues at all, or at least should not be. The point is that if we characterize too many things as constitutional, we put too much of potential legal change to meet societal needs beyond the reach of the flexible statutory means of change. It is at times difficult enough to get an ordinary statute through in response to some urgent need for new legal measures. For those who would change or add to superior constitutional law, the problem of limiting what is to be considered “constitutional” in this sense is very real. The limits have to be severe. You cannot constitutionalize the whole legal system. One cannot turn every legal issue into a specially entrenched Charter issue or a specially entrenched issue of the federal division of legislative powers. [Emphasis added, pp. 118-19.]

(“Charter Influences on Future Constitutional Reform”, in D. E. Smith, P. MacKinnon and J. C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the Future* (1991), 115, at pp. 118-119)

pure et simple sans justification au titre de l’article premier » (p. 110). Empêcher le législateur d’abroger une disposition législative et (dans les faits) en incorporer le contenu dans la *Charte* auraient pour effet de miner la souveraineté parlementaire.

[143] Bien que le droit à un procès avec jury équitable et public, en pratique, suppose que le Parlement adopte certaines mesures positives, cela ne signifie pas pour autant que chaque disposition législative importante relative aux procès avec jury est élevée au statut de disposition de nature constitutionnelle. La *Charte* protège le droit de l’accusé à un procès équitable avec jury; elle ne consacre aucune procédure particulière choisie par le Parlement.

[144] Se penchant sur ce problème, le professeur Lederman écrit :

[TRADUCTION] Les normes générales d’une Charte des droits et libertés bien établie sont souvent fortement dépendantes d’une mise en œuvre détaillée par des lois et règlements ordinaires et, à ce dernier niveau ordinaire, des alternatives et exceptions légitimes peuvent apparaître et devoir être traitées. Souvent, les réformes souhaitées par la population peuvent être effectuées par une loi ordinaire provinciale ou fédérale et ne soulèvent (ou, du moins, ne devraient soulever) aucune question élémentaire de nature constitutionnelle. De fait, si nous accordons un statut constitutionnel à trop de choses, nous réduisons indûment la possibilité de modifier les textes législatifs pour satisfaire aux besoins de la société au moyen de l’approche souple que sont les modifications législatives. Il est parfois déjà difficile d’adopter une loi ordinaire pour réagir à un besoin urgent de nouvelles mesures législatives. Pour ceux qui voudraient modifier le droit constitutionnel supérieur ou y ajouter, la difficulté de limiter ce qui doit être de nature « constitutionnelle » dans ce sens est bien réelle. Les limites doivent être strictes. On ne peut constitutionnaliser l’ensemble du système juridique. On ne peut pas transformer chaque question juridique pour en faire une question spécifique régie par la Charte ou une question spécifique visée par les dispositions relatives au partage des compétences législatives. [Je souligne; p. 118-119.]

(« Charter Influences on Future Constitutional Reform », dans D. E. Smith, P. MacKinnon et J. C. Courtney, dir., *After Lake Meech, Lessons for the Future* (1991), 115, p. 118-119)

[145] As my colleagues explain, their reasons should not “be read as constitutionalizing [the current], or any other, statutory scheme for jury selection” (Moldaver and Brown JJ.’s reasons, at para. 84). Peremptory challenges and the other rules of jury selection should not be constitutionalized under s. 11(d) and (f) of the *Charter*. Of course, repeal or modification of statutory provisions can raise issues of *Charter* compliance. But, that is not because the statutory provisions themselves are constitutionally protected. Rather it is because their repeal or modification gives rise to unconstitutional effects. As Watt J.A. expressed in the Ontario Court of Appeal’s decision in this case:

The legislative history in this case reveals that both houses of Parliament and their respective legislative committees were well aware of both sides of the debate about the value of peremptory challenges as a mechanism to promote the empanelment of an impartial jury and ensure the fair trial rights of the accused. The committees of both houses received evidence and submissions from practitioners and scholars arguing for and against the elimination of peremptory challenges. In the end, Parliament determined that their potential for abuse outweighed their benefits as part of a selection process designed to ensure a fair trial and the empanelment of an impartial jury. This cost-benefit analysis was for Parliament to undertake. Parliament made its decision. That decision must be respected by the court unless the statutory result is unconstitutional. [Emphasis added; para. 58.]

[146] Nothing of that nature has been shown in this case. Parliament can repeal these procedures or enact new ones, and in future cases courts may assess whether the new regime remains compliant with the *Charter*.

## II. Disposition

[147] For the reasons of Justices Moldaver and Brown, as well as for the foregoing reasons, I would

[145] Comme l’expliquent mes collègues, leurs motifs « ne confèrent nullement une valeur constitutionnelle à ce régime législatif, ni à aucun autre, en matière de sélection des jurés » (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 84). Les récusations péremptoires et les autres règles applicables à la sélection des jurés ne devraient pas être constitutionnalisées en vertu des al. 11d) et f) de la *Charte*. Bien entendu, l’abrogation et la modification de dispositions législatives peuvent soulever des questions relatives au respect de la *Charte*. Il en est toutefois ainsi non pas parce que les dispositions législatives elles-mêmes sont constitutionnellement protégées, mais plutôt parce que leur abrogation ou leur modification donne lieu à des effets inconstitutionnels. Comme l’a expliqué le juge Watt dans la décision de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce :

[TRADUCTION] Dans la présente cause, l’historique législatif révèle que les deux chambres du Parlement et leurs comités législatifs respectifs étaient bien conscients des deux côtés du débat sur la valeur des récusations péremptoires comme mécanisme pour favoriser la composition d’un jury impartial et assurer le respect du droit de l’accusé à un procès équitable. Les comités des deux chambres ont reçu des éléments de preuve ainsi que des observations de praticiens et d’universitaires au soutien des thèses favorable et défavorable à l’élimination des récusations péremptoires. En définitive, le Parlement a jugé que le risque d’abus des récusations péremptoires l’emportait sur leurs avantages comme partie intégrante du processus de sélection des jurés conçu pour garantir la tenue d’un procès équitable et la composition d’un jury impartial. Il appartenait au législateur de mener cette analyse des avantages et des désavantages; et ce dernier a tranché la question. Sa décision doit être respectée par la cour sauf si la loi qui en résulte est inconstitutionnelle. [Je souligne; par. 58.]

[146] Rien de cette nature n’a été démontré en l’espèce. Le Parlement peut abroger ces procédures et en adopter de nouvelles et, dans des causes à venir, les tribunaux pourront évaluer si le nouveau régime est conforme à la *Charte*.

## II. Dispositif

[147] Pour les motifs exprimés par les juges Moldaver et Brown, de même que pour les motifs

allow the Crown's appeal and restore Mr. Chouhan's conviction. I would also dismiss Mr. Chouhan's cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

[148] ABELLA J. (dissenting in part) — On September 19, 2019, Pardeep Singh Chouhan was scheduled to select a jury for his first degree murder trial. His right to a jury trial included the right to exercise up to 20 peremptory challenges during his jury selection. That same day, Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019, abolished peremptory challenges. No transitional provisions were included in the legislation.

[149] Mr. Chouhan brought a constitutional challenge, arguing in part that the abolition of peremptory challenges infringed his rights under ss. 7, 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the alternative, he argued that the repeal should not apply to his case since, while purely procedural legislative changes apply immediately to all cases including ongoing or pending proceedings, changes that affect substantive rights only apply prospectively.

[150] Mr. Chouhan's arguments that the repeal was unconstitutional and affected his substantive rights were dismissed. As a result, his jury was selected without peremptory challenges.

[151] The jury convicted Mr. Chouhan of first degree murder (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). He appealed his conviction, in part on the basis that the trial judge erred in ruling that the abolition of peremptory challenges was constitutional and that it applied retrospectively to his case.

qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel de la Couronne et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Chouhan. Je suis aussi d'avis de rejeter l'appel incident interjeté par M. Chouhan.

Version française des motifs rendus par

[148] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Le 19 septembre 2019, il était prévu que Pardeep Singh Chouhan sélectionne le jury qui siègerait lors de son procès pour meurtre au premier degré. Son droit à un procès avec jury comprenait celui d'exercer jusqu'à 20 récusations péremptoires durant le processus de sélection. Le même jour, le projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2019, a aboli les récusations péremptoires. Ce texte législatif ne contenait pas de dispositions transitoires.

[149] Monsieur Chouhan a présenté une contestation constitutionnelle, faisant valoir, notamment, que l'abolition des récusations péremptoires contrevenait aux droits que lui garantissent l'art. 7 et les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, il a plaidé que l'abrogation ne devrait pas s'appliquer à sa cause puisque — bien que les modifications législatives purement procédurales s'appliquent immédiatement à toutes les instances, y compris à celles en cours — les modifications qui portent atteinte aux droits substantiels ne s'appliquent que prospectivement.

[150] Les arguments de M. Chouhan selon lesquels l'abrogation était inconstitutionnelle et avait porté atteinte à ses droits substantiels ont été rejetés. En conséquence, son jury a été sélectionné sans récusation péremptoire.

[151] Le jury a déclaré M. Chouhan coupable de meurtre au premier degré (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). Celui-ci a interjeté appel de sa condamnation, en invoquant entre autres que le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle et qu'elle s'appliquait rétrospectivement à sa cause.

[152] At the Court of Appeal, Watt J.A., writing for a unanimous court, concluded that the abolition of peremptory challenges was constitutional, but because it affected an accused's substantive rights, it only applied prospectively (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). He allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial.

[153] I agree that the repeal of peremptory challenges is constitutionally compliant. Parliament has, in my respectful view, introduced a regime to replace peremptory challenges that addresses the goals of those challenges and minimizes their frailties by empowering trial judges to protect the impartiality of the jury and counteract the reality of discrimination.

[154] But, as discussed later in these reasons, I agree with Watt J.A. that the repeal affected Mr. Chouhan's substantive rights and, as a result, should not have applied to his trial.

#### Analysis

[155] In *R. v. Kokopenace*, [2015] 2 S.C.R. 398, Moldaver J. begins with this truism:

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. [para. 1]

But this begs the question, who are one's peers and how can the system enhance the possibility of their selection?

[156] That is the underlying question behind the reforms to jury selection in Bill C-75. When introducing the legislation in Parliament, the Minister of Justice, the Hon. Jody Wilson-Raybould, described its purpose as follows:

[152] En Cour d'appel, le juge Watt, au nom d'une cour unanime, a conclu que l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle, mais que, puisqu'elle portait atteinte aux droits substantiels des accusés, elle ne s'appliquait que prospectivement (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). Il a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[153] Je suis d'accord pour dire que l'abrogation des récusations péremptoires est constitutionnelle. À mon sens, le Parlement a adopté un régime pour remplacer les récusations péremptoires qui atteint les objectifs de ces dernières, et qui minimise leurs fragilités en conférant aux juges de première instance le pouvoir de protéger l'impartialité du jury et de contrecarrer la réalité de la discrimination.

[154] Cependant, comme j'en discuterai plus loin dans les présents motifs, je souscris à l'opinion du juge Watt selon laquelle l'abrogation a porté atteinte aux droits substantiels de M. Chouhan et n'aurait donc pas dû s'appliquer dans le cadre de son procès.

#### Analyse

[155] Au début de l'arrêt *R. c. Kokopenace*, [2015] 2 R.C.S. 398, le juge Moldaver énonce un truisme :

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. 11d), à un procès équitable devant un tribunal impartial et le droit, prévu par l'al. 11f), à un procès devant jury. [par. 1]

Cela pose toutefois la question de savoir qui sont les pairs d'un individu et comment le système accroît la possibilité qu'ils soient sélectionnés.

[156] Voilà la question sous-jacente aux réformes apportées par le projet de loi C-75 au processus de sélection du jury. Lorsqu'elle a présenté ce projet de loi au Parlement, la ministre de la Justice, l'hon. Jody Wilson-Raybould, a décrit son objet de la façon suivante :



To bring more fairness and transparency to the process, the legislation would also *empower a judge to decide* whether to *exclude jurors challenged for cause* by either the defence or prosecution. The legislation will *strengthen* the power of judges to *stand aside some jurors* in order to *make room for a more diverse jury* that will in turn *promote confidence in the administration of justice*. Courts are already familiar with the concept of exercising their powers for this purpose. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

[157] Parliament not only abolished peremptory challenges, it overhauled the jury selection system, changing “virtually all of the rules of jury selection which affected how the jury is chosen from the jury panel” (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4th ed. 2020), at p. 457). It gave trial judges the power to decide challenges for cause and created a new stand-aside power in s. 633 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to direct trial judges to fulfill the role of ensuring jury impartiality and representativeness.

[158] Anti-bias instructions will continue to be important, but they are not a panacea. As McLachlin J. cautioned in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, “[w]e should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors” (para. 22).

[159] In order to avoid bias and discrimination, the new jury selection system entrusts trial judges to vigorously exercise their authority in accordance with the *Charter* to ensure that Canadian juries are, and are perceived to be, impartial and representative.

[160] The new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions (K. Roach, “Juries, Miscarriages of Justice and

Afin d’apporter plus d’équité et de transparence au processus, la législation *conférerait au juge le pouvoir de décider d’exclure ou pas les jurés faisant l’objet d’une récusation motivée* [soit par la défense, soit par la poursuite]. La loi *renforcerait* le pouvoir des juges *d’écarter certains jurés* afin d’obtenir un jury plus diversifié, ce qui en retour *augmenterait la confiance du public à l’égard de l’administration de la justice*. Les tribunaux sont déjà familiarisés avec la notion d’exercer leurs pouvoirs à cette fin. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19605)

[157] Le Parlement a non seulement aboli les récusations péremptoires, il a aussi remanié le système de sélection du jury, changeant [TRADUCTION] « virtuellement toutes les règles de cette sélection qui avaient une incidence sur la façon dont les jurés sont choisis parmi les membres du tableau » (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4<sup>e</sup> éd. 2020), p. 457). Il a conféré au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et a créé un nouveau pouvoir de mise à l’écart décrit à l’art. 633 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour lui confier le rôle de garantir l’impartialité et la représentativité du jury.

[158] Les directives anti parti pris continueront d’être importantes, mais elles ne sont pas une panacée. Dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, la juge McLachlin a d’ailleurs formulé la mise en garde suivante : « Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d’autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés » (par. 22).

[159] Pour éviter les partis pris et la discrimination, le nouveau système de sélection du jury confie au juge du procès la tâche d’exercer vigoureusement son pouvoir, en conformité avec la *Charte*, pour garantir que les jurys canadiens sont impartiaux et représentatifs, et qu’ils sont perçus comme tels.

[160] Le nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscientes (K. Roach, « Juries, Miscarriages of

the Bill C-75 Reforms” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 315, at pp. 350-53; K. Roach, “The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colton Boushie Case” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271, at p. 276; R. Schuller and N. Vidmar, “The Canadian Criminal Jury” (2011), 86 *Chicago-Kent L. Rev.* 497; R. Ruparelia, “Erring on the Side of Ignorance: Challenges for Cause Twenty Years after *Parks*” (2013), 92 *Can. Bar Rev.* 267; M. Henry and F. Henry, “A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective” (1996), 38 *Crim. L.Q.* 333).

[161] A robust challenge for cause process will mean “a more sophisticated manner of questioning” (D. M. Tanovich, “The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655, at p. 683). It will require alternatives and modifications to the question proposed in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), new questions, and new formats, with trial judges asking questions that they believe, based on their common sense and judicial experience, will assist in rooting out biases. The need for this new emphasis on judicial intervention is explained by the Canadian Association of Black Lawyers in its factum as follows:

The commonly permissible challenge questions considered in only minutes fail to respect the importance of the task and cannot scratch the surface of attitudes or beliefs that are “elusive” and deeply ingrained in the subconscious. [para. 32]

[162] The legislative intent behind the new stand-alone power was to empower trial judges to ensure impartiality and “to make room for a more diverse jury”, in order to maintain public confidence in the administration of justice (*House of Commons Debates*, at p. 19605). Its purpose is to “provide an opportunity for a judge to consider whether a jury appears to [be] sufficiently representative or

Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 315, p. 350-353; K. Roach, « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colton Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271, p. 276; R. Schuller et N. Vidmar, « The Canadian Criminal Jury » (2011), 86 *Chicago-Kent L. Rev.* 497; R. Ruparelia, « Erring on the Side of Ignorance : Challenges for Cause Twenty Years after *Parks* » (2013), 92 *R. du B. can.* 267; M. Henry et F. Henry, « A Challenge to Discriminatory Justice : The *Parks* Decision in Perspective » (1996), 38 *Crim. L.Q.* 333).

[161] Un processus robuste de récusations motivées signifiera [TRADUCTION] « qu’il faudra questionner [les candidats jurés] de manière plus sophistiquée » (D. M. Tanovich, « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655, p. 683). Il faudra des solutions de rechange et des modifications à la question proposée dans l’arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), de nouvelles questions, de nouveaux formats, et que le juge du procès pose des questions qui, à son avis, sur le fondement de son bon sens et de son expérience judiciaire, aideront à éradiquer les partis pris. La nécessité de cet accent nouveau sur l’intervention judiciaire est expliquée comme suit par la Canadian Association of Black Lawyers dans son mémoire :

[TRADUCTION] Les questions qu’il était traditionnellement possible de poser dans le cadre d’une récusation et qui étaient traitées en seulement quelques minutes sont insuffisantes pour respecter l’importance de la tâche et ne suffisent pas pour mettre au jour la surface des attitudes ou des croyances qui sont « insaisissables » et profondément ancrées dans le subconscient. [par. 32]

[162] L’intention législative sous-jacente du nouveau pouvoir de mise à l’écart consistait à conférer au juge du procès le pouvoir de garantir l’impartialité du jury et « d’[en] obtenir un [. . .] plus diversifié », de manière à maintenir la confiance du public envers l’administration de la justice (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605). Son objet est de « donne[r] aux juges la possibilité d’établir si un

appropriately empanelled to promote a just outcome, perhaps even considering whether racial bias could be a factor” (Library of Parliament, *Bill C-75: An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 42-1-C75-E, by Laura Barnett et al., revised July 25, 2019). It is based on an understanding of representativeness which looks to the actual composition of the jury, as opposed to the randomness of the selection process (Coughlan, at p. 466; see also V. MacDonnell, “The Right to a Representative Jury: Beyond Kokopenace” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334; B. Kettles, “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462).

[163] The enhanced stand-aside mechanism in s. 633 seeks to counteract systemic discrimination in jury selection and recognizes that public confidence in the administration of justice is undermined when random selection routinely results in all-white juries. It gives trial judges the discretion “to make room for a more diverse jury” (*House of Commons Debates*, at p. 19605).

[164] While Canada’s kaleidoscope of human diversity cannot realistically be mirrored on every jury, trial judges can use the legislative tools that they have been given in Bill C-75 to actively promote jury diversity on a case by case basis. The goal is the selection of a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524). Actively promoting jury diversity is not reverse discrimination, it is *reversing* discrimination. As Blackmun J. famously observed in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), at p. 407, “to get beyond racism, we must first take account of race”.

jury semble suffisamment représentatif ou constitué convenablement pour favoriser un verdict juste, et peut-être même de se pencher sur la question de savoir si un préjugé racial pourrait être un facteur » (Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, Résumé législatif 42-1-C75-F, Laura Barnett et autres, révisé le 25 juillet 2019). Il est fondé sur une interprétation de la représentativité qui porte sur la composition réelle du jury, par opposition au caractère aléatoire qui prévaut dans le processus de sélection (Coughlan, p. 466; voir aussi V. MacDonnell, « The Right to a Representative Jury : Beyond Kokopenace » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334; B. Kettles, « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462).

[163] Le mécanisme prévu à l’art. 633 qui permet davantage de mises à l’écart vise à contrebalancer la discrimination systémique dans la sélection du jury, et il reconnaît que la confiance du public envers l’administration de la justice est minée lorsque la sélection aléatoire aboutit de manière routinière à des jurys composés exclusivement de Blancs. Il confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire « d’obtenir un jury plus diversifié » (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605).

[164] Bien que le kaléidoscope canadien de la diversité humaine ne puisse réalistement pas se refléter dans chaque jury, le juge du procès peut recourir aux outils législatifs mis à sa disposition par le projet de loi C-75 pour promouvoir activement la diversité des jurys au cas par cas. Le but est de sélectionner un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524). Promouvoir activement la diversité des jurys ne constitue pas de la discrimination à rebours, cela consiste à faire *reculer* la discrimination. Comme le juge Blackmun l’a affirmé dans une remarque célèbre de la décision *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), p. 407, [TRADUCTION] « pour dépasser le racisme, nous devons d’abord tenir compte de la race ».

[165] But while I agree with the majority that the safeguards in the jury selection system after Bill C-75 make the repeal of peremptory challenges constitutional, I do not, with respect, agree that the repeal represents a purely procedural change. The repeal affects the substantive rights of accused persons, and, as a result, absent transitional provisions, should not have applied retrospectively to Mr. Chouhan's trial.

[166] For centuries, the common law tradition of trial by jury has included a right of the accused to exercise peremptory challenges. It was a defence tool to screen out those who could potentially be unsympathetic to the accused, and sometimes to influence the racial or gender composition of the jury. This right was codified in s. 634 of the *Criminal Code*.

[167] There is no doubt that the use of peremptory challenges has generated controversy, particularly in cases where the public has perceived that a jury has reached a perverse verdict. But debating the merits of peremptory challenges does not change their character as a significant trial mechanism for accused persons to meaningfully participate in the selection of the individuals who would judge their case.

[168] As the Law Reform Commission of Canada in 1980 pointed out:

The peremptory challenge has been attacked and praised. Its importance lies in the fact that justice must be seen to be done. The peremptory challenge is one tool by which the accused can feel that he or she has some minimal control over the make-up of the jury and can eliminate persons for whatever reason, no matter how illogical or irrational, he or she does not wish to try the case.

(Working paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at p. 54)

[165] Toutefois, bien que je sois d'accord avec les juges majoritaires pour dire que les mesures de protection dont est assorti le système de sélection du jury depuis l'adoption du projet de loi C-75 rendent l'abrogation des récusations péremptoires constitutionnelle, je ne suis pas d'accord avec leur position selon laquelle l'abrogation constitue une modification purement procédurale. L'abrogation porte atteinte aux droits substantiels de l'accusé et, en conséquence, sous réserve de l'existence de dispositions transitoires, elle n'aurait pas dû s'appliquer rétrospectivement dans le cadre du procès de M. Chouhan.

[166] Durant des siècles, la tradition de common law des procès avec jury a compris le droit pour l'accusé de recourir à des récusations péremptoires. Il s'agissait d'un outil dont disposait la défense pour exclure ceux qui pourraient ne pas être sympathiques à l'endroit de l'accusé, et parfois pour influencer la composition du jury selon la race ou le sexe. Ce droit a été codifié à l'art. 634 du *Code criminel*.

[167] Il ne fait aucun doute que le recours aux récusations péremptoires a suscité de la controverse, particulièrement dans les causes où le public a eu l'impression qu'un jury a rendu un verdict erroné. Cela dit, débattre des mérites des récusations péremptoires n'en change pas la nature en tant que mécanisme important dont dispose l'accusé lors de son procès pour participer utilement à la sélection des individus qui jugeront sa cause.

[168] Comme l'a souligné la Commission de réforme du droit du Canada en 1980 :

La récusation péremptoire a fait l'objet d'éloges et de critiques. Son importance vient du principe que la justice doit être manifeste. La récusation péremptoire permet à l'accusé de sentir qu'il a un certain contrôle sur la formation du jury et qu'il peut ainsi écarter les personnes par qui il ne veut pas être jugé, même si sa raison pour les rejeter est illogique ou irrationnelle.

(Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 54)

[169] Peremptory challenges have been a part of Canadian criminal procedure from our first *Criminal Code* in 1892 until Bill C-75 (*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 668). When legislation is enacted without transitional provisions, our law presumes that it only applies prospectively because “[i]n the absence of an indication that Parliament has considered retrospectivity and the potential for it to have unfair effects, the presumption must be that Parliament did not intend them” (*Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2017] 2 S.C.R. 289, at para. 48, per Côté J.). While our jurisprudence carves out a narrow exception for *purely* procedural changes, the exception does not apply to new rules of procedure that affect or impinge on substantive rights (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248 (“*Application*”), at para. 57, per Iacobucci and Arbour JJ.).

[170] The issue then is whether the repeal of peremptory challenges represents a *purely* procedural change or one that has an impact on the substantive rights of the accused. If it is purely procedural, it applies immediately to pending or ongoing proceedings; if it affects substantive rights, it can only have prospective effect on future proceedings.

[171] Substantive provisions generally define rights, duties and liabilities, while procedural ones govern procedures, pleadings and proof (*Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 331, per Lamer J., citing *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), at p. 1). Yet the inquiry does not, as the majority suggests, end there. As La Forest J. observed in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256:

A provision is substantive or procedural . . . according to whether or not it affects substantive rights. P.-A. Côté, in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), has this to say at p. 137:

[169] Les récusations péremptoires ont fait partie de la procédure criminelle canadienne à compter de l’adoption de notre premier *Code criminel* en 1892 jusqu’à celle du projet de loi C-75 (*Code criminel, 1892*, L.C. 1892, c. 29, par. 668). Lorsqu’une loi est adoptée sans qu’elle contienne de dispositions transitoires, notre droit présume qu’elle s’applique uniquement prospectivement parce que, en « l’absence d’une indication selon laquelle le législateur a envisagé qu’une loi soit rétrospective et ainsi possiblement inéquitable, il faut présumer qu’il n’a souhaité ni l’un ni l’autre » (*Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 48, la juge Côté). Certes, notre jurisprudence définit une exception étroite pour les modifications *purement* procédurales; cette exception ne s’applique toutefois pas aux nouvelles règles de procédure qui portent atteinte aux droits substantiels ou empiètent sur eux (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248 (« *Demande* »), par. 57, les juges Iacobucci et Arbour).

[170] La question est donc celle de savoir si l’abrogation des récusations péremptoires constitue une modification *purement* procédurale ou une modification qui a une incidence sur les droits substantiels de l’accusé. Si elle est purement procédurale, elle s’applique immédiatement aux instances en cours; si elle a une incidence sur des droits substantiels, elle ne peut avoir que des effets prospectifs sur les instances futures.

[171] En règle générale, les dispositions substantielles définissent les droits, les obligations et les responsabilités, tandis que celles qui sont procédurales régissent les procédures, les actes de procédure et la preuve (*Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331, le juge Lamer, citant *Phipson on Evidence* (13<sup>e</sup> éd. 1982), p. 1). Or, contrairement à ce que suggèrent les juges majoritaires, l’examen ne s’arrête pas là. Comme le juge La Forest l’a noté dans l’arrêt *Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 :

Une disposition est considérée de nature procédurale ou de fond [ . . . ] parce qu’elle a ou non un effet sur des droits matériels. P.-A. Côté, dans *Interprétation des lois* (1982), a dit aux p. 149 et 150 :

In dealing with questions of temporal application of statutes, the term “procedural” has an important connotation: to determine if the provision will be applied immediately [i.e. to pending cases], “. . . the question to be considered is not simply whether the enactment is one affecting procedure but whether it affects procedure only and does not affect substantial rights of the parties.” [Quoting *DeRoussy v. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516]. [p. 265]

[172] Purely procedural laws are a subset of procedural rules which do not create or impinge on substantive rights (*Application*, at para. 57). Examples include laws setting out criteria for costs awards or the number of witnesses that may be called to give opinion evidence (*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, per Pollock C.B.). Similarly, rules for conducting out-of-court investigations of matters such as suspected terrorist activity or police misconduct have been held to be purely procedural (see, e.g., *Application; Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)* (2012), 110 O.R. (3d) 536 (C.A.), per Cronk J.A.).

[173] But procedural provisions that take away, alter or affect substantive rights are not *purely* procedural. When a rule of procedure impinges on a party’s substantive rights, “its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect” (*Application*, at para. 57). Procedural changes such as new limitation periods or transfers of jurisdiction between courts have been held to have substantive effects where, in their application, they affected a party’s right to bring an action, to plead a defence or to bring an appeal (see, e.g., *Angus; Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41, per Chouinard J.; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, per Pigeon J.). Similarly, changes to procedural provisions that take away substantive rights created by legislation have been held not to be purely procedural (see, e.g., *R. v. R.S.*, 2019 ONCA 906, per Doherty J.A.).

Lorsqu’il est question de l’application des lois dans le temps, le terme « procédure » est employé dans un sens tout à fait particulier : pour savoir si une disposition est d’application immédiate [c.-à-d. aux affaires en cours], « . . . il faut décider non seulement si le texte touche la procédure, mais aussi s’il ne touche que la procédure, sans toucher le fond du droit des parties ». [Citant *DeRoussy c. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516.] [p. 265]

[172] Les lois purement procédurales constituent un sous-groupe des règles de procédure qui ne créent pas de droits substantiels ni n’empiètent sur eux (*Demande*, par. 57). Il en est ainsi, par exemple, des dispositions législatives qui énoncent les critères pour l’octroi des dépens ou qui prévoient le nombre de témoins pouvant être appelés pour donner leur opinion (*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, le baron en chef Pollock). De même, les règles relatives aux commissions rogatoires mises sur pied pour l’examen de soupçons d’activité terroriste ou de fautes de la police ont été jugées purement procédurales (voir, p. ex., *Demande; Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)* (2012), 110 O.R. (3d) 536 (C.A.), la juge Cronk).

[173] En revanche, les dispositions procédurales qui retirent ou modifient des droits substantiels ou y portent atteinte ne sont pas *purement* procédurales. Lorsqu’une règle de procédure empiète sur les droits substantiels d’une partie, « elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement » (*Demande*, par. 57). Il a été jugé que les modifications procédurales comme de nouveaux délais de prescription ou des transferts de compétence entre des tribunaux ont des effets substantiels lorsque, dans leur application, elles portent atteinte au droit d’une partie d’intenter un recours, de plaider un moyen de défense ou d’interjeter appel (voir, p. ex., *Angus; Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, le juge Chouinard; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, le juge Pigeon). De même, il a été jugé que les modifications de dispositions procédurales qui retirent des droits substantiels créés par une loi ne sont pas purement procédurales (voir, p. ex., *R. c. R.S.*, 2019 ONCA 906, le juge Doherty).

[174] In *R. v. Dineley*, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 21, this Court found that procedural amendments to rules of evidence for raising a doubt about the reliability of breathalyzer test results, passed constitutional muster. In dissent, which the majority in this case relies on, Cromwell J. held that the amendments were purely procedural because they dealt with factual presumptions and how to rebut them, their operation depended on litigation and they did not change the existence or content of a right or defence.

[175] The majority in *Dineley*, however, concluded otherwise. Deschamps J. found that the new provisions did not apply to Mr. Dineley's pending trial because they affected his substantive rights, including his constitutional right to be presumed innocent:

Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights. [para. 11]

As she noted, procedural laws that have an impact on *Charter* rights have been considered to have substantive effects since “constitutional rights are necessarily substantive” (*Dineley*, at para. 21).

[176] Returning then to whether the abolition of peremptory challenges affected substantive rights. Sir William Blackstone described two rationales for allowing accused persons to challenge jurors peremptorily without having to show any cause:

[174] Dans l'arrêt *R. c. Dineley*, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 21, la Cour a conclu que les modifications procédurales apportées à des règles de preuve applicables lorsqu'il est question de soulever un doute quant à la fiabilité des résultats de tests d'ivresse-mètre passaient le test de la constitutionnalité. Dans une dissidence, sur laquelle se fondent les juges majoritaires en l'espèce, le juge Cromwell a estimé que les modifications étaient purement procédurales parce qu'elles traitaient de présomptions de fait et de la façon de les réfuter, parce que leur application dépendait de l'existence d'un litige, et parce qu'elles ne changeaient pas l'existence ou le contenu d'un droit ou d'un moyen de défense.

[175] Les juges majoritaires, dans l'arrêt *Dineley*, ont conclu différemment. En effet, la juge Deschamps s'est dite d'avis que les nouvelles dispositions ne s'appliquaient pas au procès en cours de M. Dineley parce qu'elles portaient atteinte à ses droits substantiels, y compris à son droit constitutionnel d'être présumé innocent :

Certaines [dispositions procédurales] peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s'appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 208). Par conséquent, la tâche qui s'impose pour statuer sur l'application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels. [par. 11]

Comme elle l'a souligné, les lois procédurales qui portent atteinte aux droits protégés par la *Charte* ont des effets substantiels, puisque « les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle » (*Dineley*, par. 21).

[176] Ce qui nous ramène à la question de savoir si l'abolition des récusations péremptoires a porté atteinte à des droits substantiels. Sir William Blackstone a énoncé deux raisonnements justifiant que l'accusé récuse des jurés péremptoirement sans avoir à motiver ses décisions :

1. As everyone must be sensible, what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another; and how necessary it is that a prisoner . . . should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him; the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike.

2. Because, upon challenges for cause shewn, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment; to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside. (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, W.D. Lewis, ed., vol. 4, No. 353, at p. 1738).

(*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at p. 353)

[177] This Court has adopted these rationales in a number of cases and, throughout our jurisprudence, has repeatedly asserted the importance of peremptory challenges in safeguarding the rights of accused persons in our jury system and enhancing their perception of trial fairness.

[178] Since Canada's first *Criminal Code* in 1892, both the Crown and the accused have had an unlimited power to challenge for cause, allowing both sides to remove any prospective juror on proof of one of the specific enumerated causes such as non-citizenship, certain criminal records or partiality (see, e.g., *Criminal Code*, 1892, s. 668(4)). Peremptory challenges, which could be made without proof of cause, were limited to 4 for the Crown and 4, 12 or 20 for the accused depending on the charge (see, e.g., s. 668(1) to (3) and (9)).

[179] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the accused challenged several prospective jurors for cause. While three prospective jurors were found to be impartial, the accused removed them by using peremptory challenges. The Court concluded that,

[TRANSLATION]

1. Puisque chacun doit être conscient des impressions soudaines et des préjugés inexplicables que l'on peut ressentir à la vue de quelqu'un et de la nécessité, pour un prisonnier [. . .] d'avoir une bonne opinion de son jury à défaut de quoi il pourrait être tout à fait déconcerté, la loi ne veut pas qu'il soit jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé, même s'il est incapable d'expliquer cette aversion.

2. Parce qu'il se peut, lorsque les raisons invoquées pour une récusation pour cause ne justifient pas la mise à l'écart du juré, que le seul fait de mettre en doute son impartialité crée un ressentiment, alors le prisonnier a encore la possibilité, s'il le veut, de récuser péremptoirement le juré pour empêcher toute conséquence nuisible (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, W.D. Lewis, éd., vol. 4, n° 353, p. 1738).

(*Commentaries on the Laws of England* (16<sup>e</sup> éd. 1825), t. IV, p. 353)

[177] La Cour a adopté ces raisonnements dans un grand nombre de causes et, dans toute sa jurisprudence, a affirmé et réaffirmé l'importance des récusations péremptoires pour sauvegarder les droits de l'accusé dans notre système avec jurys et pour accroître sa perception de l'équité des procès.

[178] Depuis l'adoption du premier *Code criminel* canadien en 1892, tant la Couronne que l'accusé ont eu un pouvoir illimité de recourir aux récusations motivées, ce qui permettait aux deux parties d'exclure tout candidat juré sur preuve d'une des causes spécifiques énumérées telles que la non-citoyenneté, certains antécédents criminels ou la partialité (voir, p. ex., *Code criminel*, 1892, par. 668(4)). Les récusations péremptoires, qui pouvaient être exercées sans preuve d'un motif, étaient limitées à 4 pour la Couronne et à 4, 12 ou 20 pour l'accusé selon l'accusation portée contre lui (voir, p. ex., par. 668(1) à (3) et (9)).

[179] Dans l'arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, l'accusé a cherché à exclure plusieurs candidats jurés au moyen de récusations motivées. Même si trois d'entre eux ont été jugés impartiaux, l'accusé les a exclus en utilisant des récusations



even if the trial judge erred in the challenge for cause process, the accused received a fair trial because any prejudice was prevented by his use of peremptory challenges:

. . . 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*. We, however, think that the accused had a fair trial. . . . By his own act in peremptorily challenging these jurors, he elected to pursue that remedy . . . . [Emphasis added; p. 692.]

[180] Decades later, in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709 (“*Cloutier (SCC)*”), Pratte J., for the majority, held that the denial of an accused’s right to peremptorily challenge a prospective juror found to be impartial on a challenge for cause would entitle the accused to a new trial. Citing Blackstone, he explained the significance of peremptory challenges in permitting the removal of a number of potential jurors *believed* to be partial, even though the belief cannot be proven:

The very basis of the right to peremptory challenges, therefore, is not objective but purely subjective. The existence of the right does not rest on facts that have to be proven, but rather on the mere belief by a party in the existence of a certain state of mind in the juror. The fact that a juror is objectively impartial does not mean that he is believed to be impartial by the accused or the prosecution; *Parliament, when allowing each party a number of peremptory challenges, clearly intended that each party have the right to remove from the jury a number of individuals whom he does not believe to be impartial, though he could not provide evidence in support of such belief*. The very nature of the right to peremptory challenges and the objectives underlying it require that its exercise be entirely discretionary and not subject to any condition. There is no logical connection between the challenge for cause and the peremptory challenge, and I do not see any reason why the unsuccessful exercise of the right to challenge for cause would have an effect on the right to a peremptory challenge. *Only a clear legislative provision could negate the*

péremptoires. La Cour a conclu que, même si le juge du procès avait commis une erreur dans le processus de récusations motivées, l’accusé avait subi un procès équitable puisque son recours aux récusations péremptoires lui avait évité de subir un préjudice :

[TRADUCTION] . . . dans l’administration de la justice criminelle, rien n’est plus important que la constitution du jury libre de toute objection et le fait que *l’accusé puisse tirer pleinement avantage de toutes les mesures de protection que lui accorde la loi pour lui permettre de jouir de ce droit, qui constitue l’essence même d’un procès équitable*. Nous sommes toutefois d’avis que l’accusé a subi un procès équitable. [. . .] En recourant à la récusation péremptoire de ces candidats jurés, il a choisi cette mesure de redressement . . . [Je souligne; p. 692.]

[180] Des décennies plus tard, dans l’arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709 (« *Cloutier (CSC)* »), le juge Pratte, au nom des juges majoritaires, a conclu que refuser à un accusé le droit de récuser péremptoirement un candidat juré jugé impartial dans le cadre d’une récusation motivée lui donnerait le droit de subir un nouveau procès. Citant Blackstone, il a expliqué l’importance des récusations péremptoires pour permettre d’exclure un grand nombre de candidats jurés *qu’on croit* être partiaux, même si le fondement de cette croyance ne peut être prouvé :

Le fondement même du droit à des récusations péremptoires n’est donc pas objectif mais purement subjectif. L’existence du droit ne repose pas sur des faits qui doivent être prouvés, mais plutôt sur la simple croyance de la partie en l’existence chez le juré d’un certain état d’esprit. Le fait qu’un juré soit objectivement impartial ne fait pas que l’accusé ou le poursuivant le croit impartial; or, en accordant à chacune des parties un certain nombre de récusations péremptoires, *le Parlement a précisément voulu permettre que chaque partie puisse écarter du jury un certain nombre de ceux qu’elle ne croit pas être impartiaux sans pouvoir cependant apporter la preuve de cette croyance*. La nature même du droit à des récusations péremptoires et les objectifs qui en sont la raison d’être exigent que son exercice soit entièrement discrétionnaire et ne soit assorti d’aucune condition. Il n’y a aucun lien logique entre la récusation pour cause et la récusation péremptoire et je ne vois pas comment l’on peut justifier que l’exercice infructueux du droit à la récusation pour cause ait un effet sur le droit à la récusation péremptoire. *Seule*

*right to a peremptory challenge in circumstances where, because of its very purpose, such a right should be available.* [Emphasis added; pp. 720-21.]

[181] If this Court considered that depriving an accused of even one peremptory challenge was such a fundamental error that it was enough to overturn a conviction, it can hardly be denied that the use of peremptory challenges had a substantive impact on the right of accused persons to meaningfully participate in the selection of their jury.

[182] L'Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, expanded on this theme as follows:

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

...

. . . peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused's perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal. [pp. 525 and 532-33]

[183] In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, this Court found that the Crown's greater influence over jury selection than the accused through the combination of stand asides and peremptory challenges violated an accused's s. 11(d) *Charter* right to an impartial jury. In concurring reasons, Stevenson J. held that the numerical disparity existed "not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the

*une disposition législative claire pourrait écarter le droit à la récusation péremptoire dans des conditions où celui-ci, à cause de son objet même, devrait être disponible.* [Je souligne; p. 720-721.]

[181] Si la Cour a jugé que priver un accusé ne serait-ce que d'une récusation péremptoire constituait une erreur à ce point fondamentale qu'elle suffisait pour annuler une condamnation, on peut difficilement nier que le recours aux récusations péremptoires a eu une incidence substantielle sur le droit de l'accusé de participer utilement à la sélection de son jury.

[182] Dans l'arrêt *Sherratt*, la juge L'Heureux-Dubé a ajouté sur ce thème que :

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

...

. . . les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l'accusé ne dispose pas de renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d'un jury, ce qui dépend à la fois de l'accusé et de la nature de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l'accusé qu'il a bénéficié d'un tribunal constitué équitablement. [p. 525 et 532-533]

[183] Dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, la Cour a conclu que l'influence plus importante sur la sélection du jury de la Couronne que celle de l'accusé grâce aux mises à l'écart combinées aux récusations péremptoires portait atteinte au droit de l'accusé protégé par l'al. 11d) de la *Charte* à un jury impartial. Dans des motifs concordants, le juge Stevenson a décidé que la disparité numérique

jury by which the accused will be tried” (p. 148). He emphasized that the basis for peremptory challenges was to enable the accused to act on subjective perceptions of partiality without provable objection. Since the Crown’s stand asides were akin to additional peremptory challenges, the imbalance diminished the accused’s role “in the fundamental activity of choosing the jury” (p. 149).

[184] In his dissenting reasons, Gonthier J. too acknowledged the importance of peremptory challenges:

The *Criminal Code* gives the accused a variable number of peremptory challenges, depending on the seriousness of the offence. These peremptory challenges allow the accused to exclude prospective jurors from the jury. The main rationale for these had already been outlined by Blackstone . . . .

...

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

(*Bain*, at pp. 115-16)

[185] While peremptory challenges did not guarantee any particular composition of the jury, the

existait « non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury par lequel l’accusé sera jugé » (p. 148). Il a souligné que le fondement des récusations péremptoires résidait dans la capacité de l’accusé à agir en fonction de perceptions subjectives de partialité sans objection prouvable. Comme les mises à l’écart de la Couronne étaient semblables à des récusations péremptoires additionnelles, le déséquilibre réduisait le rôle de l’accusé « dans l’activité fondamentale qu’est le choix du jury » (p. 149).

[184] Dans ses motifs dissidents, le juge Gonthier a lui aussi reconnu l’importance des récusations péremptoires :

*Le Code criminel* donne à l’accusé, selon la gravité de l’infraction, un nombre variable de récusations péremptoires, au moyen desquelles il peut écarter des candidats-jurés. Déjà, [. . .] Blackstone avait exposé la raison d’être principale de ces récusations . . .

...

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

(*Bain*, p. 115-116)

[185] Même si les récusations péremptoires ne garantissaient aucune composition particulière du

process ensured that accused persons were given a substantive role through having a meaningful opportunity to have their own subjective views about the impartiality of the jury respected.

[186] And while out-of-court processes for jury selection contain safeguards that are crucial, extensive research demonstrates that systemic factors disproportionately exclude marginalized prospective jurors at every step of the process, resulting in a system in which Indigenous and racialized persons are overrepresented as accused persons and victims, and underrepresented as jurors (see Roach (2020), at p. 355; G. T. Roccamo, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (June 2018) (online), at pp. 11-12; 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* (1991) (“*Aboriginal Justice Inquiry*”), at pp. 377-87; F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013), at pp. 34, 55 and 60-63; M. Israel, “The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels” (2003), 25 *Law & Pol’y* 37, at p. 42; C. B. Davison, “The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories” (2020), 50 *Northern Review* 195, at pp. 201-3).

[187] As many Interveners argued, peremptory challenges were an important trial safeguard for an accused to try to secure representativeness from what can be unrepresentative random selections. As the Intervener the British Columbia Civil Liberties Association argued in its factum:

In light of the importance of jury diversity for jury impartiality, the weak upstream [out-of-court] jury processes addressed in *Kokopenace* must be counterbalanced with strong downstream [in-court] jury processes in *Chouhan*. Specifically, peremptory challenges are a vital last resort

jury, le processus assurait que l’accusé disposait d’un rôle substantiel en ayant une occasion réelle de faire respecter ses propres opinions subjectives quant à l’impartialité du jury.

[186] En outre, même si les procédures extrajudiciaires applicables à la sélection des jurés contiennent des mesures de protection qui sont cruciales, une recherche poussée démontre que des facteurs systémiques excluent disproportionnellement les candidats jurés marginalisés à chaque étape du processus, ce qui résulte en un système dans lequel les Autochtones et les personnes racisées sont surreprésentés parmi les accusés et les victimes et sous-représentés parmi les jurés (voir Roach (2020), p. 355; G. T. Roccamo, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, (juin 2018) (en ligne), p. 11-12; 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* (1991) (« *Aboriginal Justice Inquiry* »), p. 377-387; F. Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l’examen indépendant des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario mené par l’honorable Frank Iacobucci* (2013), p. 34, 55 et 60-63; M. Israel, « The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels » (2003), 25 *Law & Pol’y* 37, p. 42; C. B. Davison, « The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories » (2020), 50 *Northern Review* 195, p. 201-203).

[187] Comme de nombreux intervenants l’ont plaidé, les récusations péremptoires constituaient une mesure de protection importante durant les procès pour que l’accusé tente d’obtenir une représentativité à partir de choix aléatoires qui pouvaient ne pas être représentatifs. Comme l’a plaidé l’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association dans son mémoire :

[TRADUCTION] À la lumière de l’importance de la diversité du jury pour garantir son impartialité, la faiblesse des processus en amont [hors du tribunal] menant à la sélection du jury dont il a été question dans l’arrêt *Kokopenace* doit être contrebalancée dans l’affaire *Chouhan* par des

for safeguarding the jury impartiality to which an accused is constitutionally entitled. . . . because the weak upstream protections for jury impartiality often result in homogeneous jury panels, stronger downstream protections, like peremptory challenges, must be maintained. [Emphasis deleted; para. 15.]

[188] This finds resonance in the factum of the Intervener the South Asian Bar Association:

It is often impossible to articulate a specific reason why a juror might not be suitable, and it may come down to an unfriendly glance, a suspicious glare, or an unwillingness to look at the accused at all. Peremptory challenges gave people of colour at least some say in who would make it on to their often all-white juries — even if it provided no guarantee that the people who attended court for jury duty would actually look like them. [para. 12]

[189] Peremptory challenges therefore ensured the possibility of selecting a jury that, in the eyes of the accused and based on their own perceptions of potential prejudice, would be fairer. As Stevenson J., concurring, held in *Bain*:

What s. 11(d) of the *Charter* requires is that there be, at minimum, a reasonable apprehension that juries generated by the selection process are impartial. *Allowing the accused to have a manifest role in that process confirms that the appearance of fairness and impartiality is maintained.* [Emphasis added; p. 161.]

[190] It is not only an accused's confidence in trial fairness that is at stake, but the public's confidence that the jury is impartial. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694:

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. . . . *The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice.* Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code*

processus robustes en aval [au tribunal]. Plus précisément, les récusations péremptoires sont le dernier rempart vital pour sauvegarder l'impartialité du jury à laquelle l'accusé a droit en vertu de la Constitution. [. . .] [P]arce que les mesures de protection applicables en amont pour garantir l'impartialité du jury aboutissent souvent à des jurys homogènes, il est impératif de maintenir les mesures de protection plus robustes qui existent en aval, comme les récusations péremptoires. [Soulignement omis; par. 15.]

[188] Cela trouve écho dans le mémoire de l'intervenante South Asian Bar Association :

[TRADUCTION] Il est souvent impossible d'exprimer de façon précise pourquoi un juré pourrait ne pas convenir, et cela peut tenir à un regard inamical, à un coup d'œil suspect, ou à un refus de même regarder l'accusé. Les récusations péremptoires donnaient aux personnes de couleur au moins un mot à dire quant à ceux qui finiraient par constituer leur jury souvent composé exclusivement de Blancs — même si cela ne donnait aucune garantie que les personnes qui se présentaient au tribunal pour faire partie d'un jury leur ressembleraient réellement. [par. 12]

[189] Les récusations péremptoires garantissaient donc la possibilité de sélectionner un jury qui, aux yeux de l'accusé et sur le fondement de ses propres perceptions de l'existence de préjugés potentiels, serait plus équitable. Comme le juge Stevenson l'a conclu dans des motifs concordants de l'arrêt *Bain* :

L'al. 11d) de la *Charte*, exige en fait que l'on ait pour le moins l'impression raisonnable que les jurys résultant du processus de sélection sont impartiaux. *Le rôle manifeste accordé à l'accusé dans ce processus vient préserver l'impression d'équité et d'impartialité.* [Je souligne; p. 161.]

[190] Ce n'est pas uniquement la confiance d'un accusé dans l'équité du procès qui est en jeu, mais celle du public que le jury est impartial. Comme l'a écrit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694 :

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. [. . .] *L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend.* Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu

gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1). [Emphasis added; p. 710.]

That impartiality, as a number of Interveners pointed out, is not possible without acknowledging the reality of the existence of discrimination in the public from which juries are selected.

[191] In *Parks*, Doherty J.A. observed that “[r]acism, and in particular anti-black racism, is a part of our community’s psyche” (p. 342). Writing for a unanimous court, he held that a challenge for cause to the entire panel based on widespread racial prejudice should have been allowed, so that the defence could ask each prospective juror in a murder trial whether their ability to judge the evidence without bias, prejudice or partiality would be affected by the fact that the accused was a black Jamaican immigrant and the deceased was a white man. *Parks* was expanded to all black accused in Ontario in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), and to all visible minorities in Ontario in *R. v. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668 (C.A.), at p. 677.

[192] This Court endorsed *Parks* in *Williams*. Mr. Williams, an Indigenous man charged with robbery, led evidence of widespread prejudice against Indigenous persons in the community to ground a challenge for cause. Writing for a unanimous Court, McLachlin J. held that “[r]acism against aboriginals includes stereotypes that relate to credibility, worthiness and criminal propensity” and “[t]here is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system” (para. 58). And, regrettably, this systemic discrimination risks wrongful convictions (see Nova Scotia, *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Digest of Findings and Recommendations* (1989)). As McLachlin J. wrote in *Williams*:

aussi que le *Code* confère à l’accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1). [Je souligne; p. 710.]

Comme de nombreux intervenants l’ont signalé, il est impossible de parvenir à cette impartialité sans reconnaître la réalité de l’existence de discrimination dans le public parmi lequel les jurés sont sélectionnés.

[191] Dans la décision *Parks*, le juge Doherty a noté que [TRADUCTION] « [l]e racisme, et en particulier le racisme anti-Noirs, fait partie de la psyché de notre communauté » (p. 342). Au nom d’une cour unanime, il a conclu qu’une récusation motivée pour l’ensemble du tableau et fondée sur un préjudice racial répandu aurait dû être autorisée, ce qui aurait permis à la défense de demander à chaque candidat juré susceptible de servir dans le cadre d’un procès pour meurtre si sa capacité à juger la preuve sans parti pris, préjugé ou partialité serait altérée par le fait que l’accusé était un immigrant jamaïcain noir et que le défunt était un homme blanc. La portée de l’arrêt a été étendue à tous les accusés noirs en Ontario par la décision *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), et à toutes les minorités visibles en Ontario par la décision *R. c. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668 (C.A.), p. 677.

[192] La Cour a souscrit à la décision *Parks* dans l’arrêt *Williams*. Monsieur Williams, un Autochtone accusé de vol, a présenté la preuve d’un préjugé répandu dans la communauté contre les Autochtones pour fonder une récusation motivée. Au nom d’une Cour unanime, la juge McLachlin a conclu que « [l]e racisme dont sont victimes les Autochtones comprend des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité » et qu’« [i]l y a une preuve que ce racisme largement répandu s’est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale » (para. 58). En outre, malheureusement, cette discrimination systémique risque d’entraîner des déclarations de culpabilité injustifiées (voir Nouvelle-Écosse, *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Digest of Findings and Recommendations* (1989)). Comme la juge McLachlin l’a écrit dans l’arrêt *Williams* :

Racial prejudice and its effects are as invasive and elusive as they are corrosive. We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudices to be examined. [para. 22]

[193] Or, as Binnie J. noted in *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458:

The administration of justice has faced up to the fact that racial prejudice and discrimination are intractable features of our society and *must be squarely addressed in the selection of jurors*. [Emphasis added; para. 1.]

[194] Peremptory challenges were an imperfect, but significant tool for the accused to try to weed out this potential bias. They served as a safety valve for those who perceived a risk of prejudice but could not successfully bring a challenge for cause because they could not show that the prospective juror “may possess biases that cannot be set aside” (*R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 26, per McLachlin C.J.). Any lingering doubt that the prospective juror would decide the case fairly could be remedied by exercising a peremptory challenge (*Cloutier* (SCC), at p. 720). Impartiality, therefore, animated the use of peremptory challenges from the accused’s perspective.

[195] The test for impartiality is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude” (*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J.). An informed person would know that, throughout history, peremptory challenges enabled an accused to veto some prospective jurors without proof of cause and to influence the ultimate composition of the jury. An informed person would understand the history of discrimination faced by disadvantaged groups in Canadian society, recognize widespread and systemic racism and account for diverse realities (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3

Les préjugés raciaux et leurs effets sont tout aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs. Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d’autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d’impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. S’il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d’examiner les préjugés. [par. 22]

[193] Ou, comme l’a noté le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458 :

L’administration de la justice a dû se rendre à l’évidence : préjugés raciaux et discrimination sont tenaces dans notre société et *il faut s’y attaquer directement lors de la sélection des jurés*. [Je souligne; par. 1.]

[194] Les récusations péremptoires étaient un outil imparfait, mais important, pour que l’accusé puisse tenter d’éliminer ce parti pris potentiel. Elles servaient de soupape de protection pour ceux qui percevaient un risque de partialité, mais qui n’étaient pas en mesure de demander une récusation motivée faute de pouvoir démontrer que le candidat juré « nourri[ssait] des préjugés qui ne pouvaient être écartés » (*R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 26, la juge en chef McLachlin). Il pouvait être remédié à tout doute subsistant quant au fait que le candidat juré déciderait de l’affaire équitablement en recourant à une récusation péremptoire (*Cloutier* (CSC), p. 720). Ainsi, du point de vue de l’accusé, l’impartialité motivait le recours aux récusations péremptoires.

[195] Le test de l’impartialité est celui de savoir « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré). Une personne bien renseignée est censée savoir que, tout au long de l’histoire, les récusations péremptoires ont permis à l’accusé d’exercer un veto sans motif à l’égard de certains candidats jurés et d’influencer la composition finale du jury. Une personne bien renseignée est censée comprendre l’histoire de la discrimination à laquelle ont fait face les groupes désavantagés dans la société canadienne, reconnaître

S.C.R. 484, at pp. 507-9, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ., and at p. 531, per Cory J.; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (Ont. C.A.), per Doherty J.A.; *R. v. Le*, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 73, per Brown and Martin JJ.).

[196] An informed person would therefore take into account the perspective of a non-white accused person facing the prospect of trial by an all-white jury. Having thought the matter through, an informed person might reasonably lose confidence in the criminal jury system *unless* there are safeguards that can *guarantee* that Canadian juries will be impartial and representative.

[197] Peremptory challenges were such a safeguard, intended to counteract the reality of discrimination and the systemic factors that tended to result in homogenous jury panels and adversely affect the fair trial rights of a non-white accused. Peremptory challenges were used by them to try to make room for a more diverse jury. I simply do not agree with my colleagues that “the *true* value of this ‘benefit’ was doubtful”. The value may be ineffable, but it is no less real to the perception of fairness for a non-white accused. Without a meaningful opportunity to influence the composition of the jury, a non-white accused on trial before an all-white jury may not feel that the jury represents “a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*Sherratt*, at p. 524).

[198] It is true that there is a “presumption that jurors are capable of setting aside their views and prejudices and acting impartially” (*Find*, at para. 26). It is worth remembering, however, that for hundreds of years, juries composed only of men were accepted as impartial (*R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at para. 56, per McLachlin J., concurring; *Sherratt*, at p. 524). But we have developed an evolutionary sophistication about what impartiality means,

l’existence d’un racisme répandu et systémique et rendre compte de diverses réalités (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, p. 507-509, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin, et p. 531, le juge Cory; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (C.A. Ont.), le juge Doherty; *R. c. Le*, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 73, les juges Brown et Martin).

[196] Une personne bien renseignée tiendrait donc compte du point de vue d’un accusé non blanc susceptible de subir un procès devant un jury composé exclusivement de Blancs. Après y avoir mûrement réfléchi, une personne bien renseignée pourrait raisonnablement perdre confiance dans le système criminel qui fait appel à des jurys, à *moins* qu’il n’existe des mesures de protection qui peuvent *garantir* que les jurys canadiens seront impartiaux et représentatifs.

[197] Les récusations péremptoires constituaient une telle mesure de protection, qui visait à faire contrepoids à la réalité de la discrimination et aux facteurs systémiques qui tendaient à donner lieu à des tableaux de jurés homogènes et à miner le droit à un procès équitable des accusés non blancs. Les récusations péremptoires étaient utilisées par ces derniers pour obtenir des jurys plus diversifiés. Je ne souscris tout simplement pas à l’opinion de mes collègues selon laquelle « la *vraie* valeur de cet “avantage” était douteuse ». Cette valeur pouvait être indéfinissable, mais elle n’en était pas moins réelle pour la perception d’équité aux yeux d’un accusé non blanc. Privé d’une possibilité réelle d’influencer la composition du jury, un accusé non blanc qui subit un procès devant un jury composé exclusivement de Blancs peut ne pas avoir le sentiment que le jury est formé d’un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[198] Certes, il existe une « prés[omption] que les jurés sont capables de faire abstraction de leurs opinions et préjugés et d’agir sans partialité » (*Find*, par. 26). Il vaut toutefois la peine de se rappeler que, durant des siècles, on jugeait que les jurys composés uniquement d’hommes étaient impartiaux (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56, la juge McLachlin, motifs concordants; *Sherratt*, p. 524). Nous avons toutefois acquis au fil du temps une



including that fairness must not only be done, it must be seen to be done. A jury that does not look fair to an accused may not, to that accused person, be perceived as fair if he or she is not given the chance to meaningfully participate in its selection by removing a juror who seems to be partial against them.

[199] Representativeness “is an important guarantor of impartiality” (*Kokopenace*, at para. 50; *Williams*, at para. 47), and its absence undermines the appearance of fairness and the ability of the jury to perform the functions that make it beneficial in the first place. As Moldaver J. explained in *Kokopenace*:

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 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.

...

Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury. [paras. 55-57]

[200] Representativeness matters not because a juror’s personal characteristics are indicative of how he or she will decide the case, but because if the right to be tried by a jury of one’s peers means anything, it means that members of a jury must be, and be seen to be, open-minded, regardless of their own or the accused’s race, religion, sex, gender identity, sexual orientation, political affiliations, age or economic status (see M. Minow, “Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, at p. 1217; D. Ramirez, “Affirmative Jury Selection: A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity” (1998), *U. Chicago Legal F.* 161, at pp. 162-66;

vision plus raffinée de ce que signifie l’impartialité, et jugé notamment qu’il ne suffit pas que justice soit faite, mais qu’il faut aussi qu’il y ait apparence de justice. Un jury qui ne semble pas juste à l’endroit d’un accusé peut ne pas être perçu comme juste par cet accusé si celui-ci n’a pas eu l’occasion de participer utilement à la sélection du jury en excluant un candidat juré qui semble partial à son endroit.

[199] La représentativité « est un gage important d’impartialité » (*Kokopenace*, par. 50; *Williams*, par. 47), et son absence mine l’apparence d’équité et la capacité du jury de s’acquitter des fonctions mêmes qui le rende bénéfique. Comme l’a expliqué le juge Moldaver dans l’arrêt *Kokopenace* :

Si la représentativité joue un rôle limité dans l’application de l’al. 11d), son rôle dans l’application de l’al. 11f) est important. Non seulement la représentativité favorise 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 : *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. 11f), à un procès devant jury.

...

Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l’al. 11f), à un procès avec jury. [par. 55-57]

[200] La représentativité importe, non pas parce que les caractéristiques personnelles d’un candidat juré indiquent comment il ou elle décidera la cause, mais parce que si le droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs doit avoir un sens, cela signifie que les membres d’un jury doivent être, et avoir l’apparence d’être, ouverts d’esprit, sans égard à leur propre race, religion, sexe, identité de genre, orientation sexuelle, affiliations politiques, âge ou statut économique, et sans égard à ces caractéristiques chez l’accusé (voir M. Minow, « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, p. 1217; D. Ramirez, « Affirmative Jury Selection : A Proposal to Advance

Kettles, at p. 466). And that means a jury that looks more like Canada.

[201] The abolition of peremptory challenges was motivated by the public perception that *homogenous* juries compromise trial fairness and the legitimacy of jury verdicts, as occurred in the trial of Gerald Stanley. The subversion of the use of peremptory challenges on racial grounds, in order to *avoid* a representative jury by excluding visibly Indigenous prospective jurors, resulted in Stanley being tried by an all-white jury for the second-degree murder of a Cree man, Colten Boushie (Roach (2018), at pp. 271-78).

[202] Similar abuses occurred in *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (Gen. Div.)), where a white accused police officer peremptorily challenged black jurors in a case alleging police violence against a black resident of Toronto, and in the trial for the murder of Helen Betty Osborne, a 19-year old Cree girl, where all Indigenous persons were challenged peremptorily, resulting in an all-white jury (*Aboriginal Justice Inquiry*, at pp. 377-87; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), at pp. 85-87; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.)).

[203] These abuses can never be justified.

[204] But this does not mean that, fairly and properly exercised, using peremptory challenges to create what to the accused is an impartial and representative jury, was any less a substantive part of an accused's fair trial rights.

[205] Peremptory challenges and the right to use them protected the accused's perception of trial fairness by safeguarding their substantive right to

Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity » (1988), *U. Chicago Legal F.* 161, p. 162-166; Kettles, p. 466). Et cela signifie un jury qui ressemble davantage au Canada.

[201] L'abrogation des récusations péremptoires a été motivée par la perception du public que les jurys *homogènes* compromettent l'équité des procès ainsi que la légitimité de leurs verdicts, comme cela s'est passé dans le procès de Gerald Stanley. La subversion de l'utilisation des récusations péremptoires pour des motifs fondés sur la race, afin d'*éviter* la constitution d'un jury représentatif en excluant les candidats jurés visiblement autochtones, a entraîné la tenue du procès de M. Stanley devant un jury composé exclusivement de Blancs pour le meurtre au deuxième degré d'un homme Cri, Colten Boushie (Roach (2018), p. 271-278).

[202] Des abus semblables se sont produits dans l'affaire *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (div. gén.)) — où l'accusé, un policier blanc, a récusé péremptoirement les candidats jurés noirs dans une cause d'allégation de violence policière contre un résident noir de Toronto —, ainsi que dans le procès pour meurtre d'Helen Betty Osborne — une femme Cri âgée de 19 ans, où toutes les personnes autochtones ont été récusées péremptoirement, ce qui a abouti à un jury composé exclusivement de Blancs (*Aboriginal Justice Inquiry*, p. 377-387; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), p. 85-87; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.)).

[203] Ces abus ne sauraient jamais être justifiés.

[204] Cela ne veut toutefois pas dire que, lorsqu'on y avait recours équitablement et correctement, l'utilisation des récusations péremptoires pour créer ce qui, aux yeux de l'accusé, est un jury impartial et représentatif faisait moins partie pour autant du droit substantiel de l'accusé à un procès équitable.

[205] Les récusations péremptoires et le droit d'y avoir recours protégeaient la perception d'équité qu'avait l'accusé en sauvegardant son droit

contribute meaningfully to the composition of the jury (*Bain*, at pp. 150-51, per Stevenson J., concurring, and at pp. 115-16, per Gonthier J., dissenting). They enabled accused persons to directly influence the composition of a “jury of their peers” and attempt to secure representativeness, thereby “heighten[ing] an accused’s perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal” (*Sherratt*, at p. 533).

[206] Abolishing peremptory challenges, therefore, diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. It is hard to think of anything that has a more direct impact on an accused’s fair trial rights than the perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury.

[207] Even the Minister of Justice recognized the significant potential impact of repealing peremptory challenges on the fair trial rights of the accused:

The elimination of peremptory challenges from the *Criminal Code* may engage the fair trial rights of the accused as protected by sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

(Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (March 2018) (online))

And before this Court, the Attorney General of Canada acknowledged that the abolition of peremptory challenges affected the substantive rights of accused persons and could only apply prospectively.

[208] Since there is no doubt that an accused’s fair trial rights are “necessarily substantive” (*Dineley*,

substantiel de participer réellement à la sélection du jury (*Bain*, p. 150-151, le juge Stevenson, motifs concordants, et p. 115-116, le juge Gonthier, dissident). Elles permettaient à l’accusé d’influencer directement la composition d’un « jury formé de ses pairs » et de tenter d’assurer la représentativité de celui-ci, ce qui « intensifi[ait son] sentiment [. . .] qu’il [. . .] bénéfici[ait] d’un tribunal constitué équitablement » (*Sherratt*, p. 533).

[206] L’abolition des récusations péremptoires a donc restreint le droit de l’accusé de participer utilement à la sélection du jury et d’influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l’accusé de participer à la sélection d’un jury impartial et représentatif, qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir quelque chose qui a une incidence plus directe sur le droit de l’accusé à un procès équitable que la perception qu’il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif.

[207] Même la ministre de la Justice a admis que l’abrogation des récusations péremptoires pourrait porter une atteinte importante au droit de l’accusé à un procès équitable :

L’élimination des récusations péremptoires du *Code criminel* pourrait mettre en jeu les droits de l’accusé à un procès équitable, droits garantis aux alinéas 11d) et 11f) de la *Charte*.

(Canada, ministère de la Justice, *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* (mars 2018) (en ligne))

En outre, devant la Cour, le procureur général du Canada a reconnu que l’abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits substantiels de l’accusé et qu’elle ne pouvait s’appliquer que prospectivement.

[208] Puisqu’il ne fait aucun doute que le droit d’un accusé à un procès équitable est « forcément

at para. 21), the legislation abolishing peremptory challenges affected substantive rights and could only have prospective effect. The repeal on the day of Mr. Chouhan’s scheduled jury selection should not, as a result, have applied to his trial.

[209] The remaining question is whether the trial judge’s error in denying Mr. Chouhan the right to use peremptory challenges can be cured by the proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*.

[210] The proviso only applies if the accused suffered no prejudice, meaning that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred (*R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 16-18, per Arbour J.). It can only salvage the conviction if the error is minor or harmless, or if the case is overwhelming, so that there is no reasonable possibility that the verdict might have been different (*R. v. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246 (C.A.) (“*Cloutier* (C.A.)”), at para. 29, per Goodman J.A.; *Khan*, at paras. 16 and 28-31; *R. v. White*, [2011] 1 S.C.R. 433, at paras. 93-94, per Rothstein J.).

[211] Peremptory challenges were one of the core safeguards that ensured the impartiality of the jury. When an error “interferes with the accused’s use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined” (*R. v. Davey*, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 55, per Karakatsanis J.). The Crown must rebut the presumption of prejudice and show that “interference with the accused’s right to meaningfully engage in the peremptory challenge process . . . did not give rise to an appearance of unfairness that would amount to a miscarriage of justice” (*Davey*, at para. 55, fn. 5).

[212] Mr. Chouhan’s case was not so overwhelming that any trier of fact would inevitably convict (*Khan*, at para. 16; *Cloutier* (C.A.), at para. 29). The evidence was entirely circumstantial, and Mr. Chouhan testified and denied the allegations. The case, therefore, is not one where “any other

de nature substantielle » (*Dineley*, par. 21), la loi qui a aboli les récusations péremptoires a porté atteinte à un droit substantiel et ne pouvait s’appliquer que prospectivement. L’abrogation le jour prévu pour la sélection du jury de M. Chouhan n’aurait donc pas dû s’appliquer dans le cadre de son procès.

[209] La question qui subsiste est celle de savoir si l’erreur du juge du procès de refuser à M. Chouhan le droit de recourir à des récusations péremptoires peut être réparée par la disposition énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*.

[210] Cette disposition ne s’applique que si l’accusé n’a pas subi de préjudice, ce qui signifie qu’il n’y a pas eu de tort important ou d’erreur judiciaire grave (*R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 16-18, la juge Arbour). Elle ne peut préserver la déclaration de culpabilité que si l’erreur est mineure et inoffensive, ou si la cause contre l’accusé est accablante, de sorte qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent (*R. c. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246 (C.A.) (« *Cloutier* (C.A.) »), par. 29, le juge Goodman; *Khan*, par. 16 et 28-31; *R. c. White*, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 93-94, le juge Rothstein).

[211] Les récusations péremptoires étaient une des mesures de protection principales qui assuraient l’impartialité du jury. Lorsqu’une erreur « nuit à l’utilisation par l’accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu’il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise » (*R. c. Davey*, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 55, la juge Karakatsanis). La Couronne doit réfuter la présomption de préjudice et démontrer que « l’atteinte au droit de l’accusé de participer utilement au processus des récusations péremptoires [. . .] n’a pas fait naître une apparence d’iniquité constituant une erreur judiciaire » (*Davey*, par. 55, n. 5).

[212] La cause contre M. Chouhan n’était pas à ce point accablante qu’un juge des faits le déclarerait nécessairement coupable (*Khan*, par. 16; *Cloutier* (C.A.), par. 29). La preuve était entièrement circonstancielle, et M. Chouhan a témoigné et nié les allégations. En conséquence, le cas n’en est pas un dans

verdict but a conviction would be impossible” (*Khan*, at para. 31).

[213] Nor was the error minor or harmless. It was one that affected Mr. Chouhan’s substantive right to meaningfully participate in the selection of his jury. As the Crown conceded before this Court, “if trial fairness is negatively affected, then the proviso can’t apply” (transcript, at p. 24). Since the denial of peremptory challenges adversely affected Mr. Chouhan’s substantive fair trial rights, the error was not harmless.

[214] Absent the error, Mr. Chouhan could have peremptorily challenged up to 20 prospective jurors. He raised impartiality concerns about four of them, but three were nonetheless selected for the jury. The trial judge found that Mr. Chouhan’s subjective perception of potential prejudice was outweighed by each juror’s negative answer under oath when asked: “Would your ability to judge the evidence in this trial fairly be affected by the fact that Mr. Chouhan is a person of Indian descent?”

[215] Because the trial judge failed to invite more probing questions or stand those jurors aside, the prejudice to Mr. Chouhan’s fair trial rights remained. Had Mr. Chouhan been able to use his peremptory challenges, he would not have been judged by three people he believed were biased against him.

[216] It is true that the trial judge stood aside one prospective juror, but the juror’s conduct was hardly subtle — Mr. Chouhan informed the court that she made a rude gesture at him with her middle finger.

[217] But Mr. Chouhan was denied the ability to rid the jury of three other people he intuitively felt would not judge him fairly, which is the purpose of peremptory challenges. To him, their presence on the jury, despite his request that they be removed for

lequel « il serait impossible d’obtenir un verdict autre qu’une déclaration de culpabilité » (*Khan*, par. 31).

[213] En outre, l’erreur commise n’était ni mineure ni inoffensive. Il s’agit d’une erreur qui a porté atteinte au droit substantiel de M. Chouhan de participer utilement à la sélection de son jury. Comme la Couronne l’a concédé devant la Cour [TRADUCTION] « si l’équité d’un procès est minée, la disposition ne peut s’appliquer » (transcription, p. 24). Puisque l’interdiction faite à M. Chouhan de recourir aux récusations péremptoires a nui à son droit substantiel à un procès équitable, l’erreur n’a pas été inoffensive.

[214] N’eût été cette erreur, M. Chouhan aurait pu récuser péremptoirement jusqu’à 20 candidats jurés. Il a soulevé des préoccupations quant à l’impartialité de quatre d’entre eux, mais trois parmi ceux-ci ont tout de même été sélectionnés pour faire partie du jury. Le juge du procès a conclu que la réponse négative sous serment de chaque juré à la question : « Votre capacité de juger la preuve équitablement dans ce procès sera-t-elle affectée par le fait que M. Chouhan est d’origine indienne? » l’a emporté sur la perception subjective de M. Chouhan d’un préjugé potentiel.

[215] Parce que le juge du procès n’a pas posé de questions plus approfondies ou écarté ces jurés, le préjudice au droit de M. Chouhan de subir un procès équitable a subsisté. Si M. Chouhan avait été en mesure d’utiliser ses récusations péremptoires, il n’aurait pas été jugé par trois personnes qui, selon lui, avaient un parti pris à son endroit.

[216] Il est vrai que le juge du procès a écarté une candidate jurée, mais la conduite de celle-ci n’avait guère été subtile — M. Chouhan a informé la cour que cette candidate jurée avait posé un geste vulgaire à son intention avec son majeur.

[217] Le juge a toutefois refusé à M. Chouhan le droit d’exclure du jury trois autres personnes qui, selon son intuition, ne le jugeraient pas équitablement — la raison d’être des récusations péremptoires. Pour lui, leur présence dans le jury, en dépit

bias, meant that he did not have an impartial jury. This is a prejudicial impact without a cure.

[218] And this error is one that has an impact not only on Mr. Chouhan’s confidence in the administration of justice, but the public’s as well. The trial judge’s error in not permitting Mr. Chouhan to use his peremptory challenges was exacerbated by his failure to safeguard, through probing questions or stand asides, the rights of an accused who is a member of a racial minority. This resulted in Mr. Chouhan not being judged by a jury he perceived to be impartial and representative. This adverse impact on his fair trial rights cannot be cured by the proviso.

[219] In the companion appeal, *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 S.C.R. 101, at para. 52, Moldaver and Brown JJ. suggest in *obiter* that “a stricter standard might be required under s. 686(1)(b)(iv)”. In my respectful view, under either standard, the proviso cannot apply in this case given the prejudice caused by the error.

[220] I would therefore dismiss the Crown’s appeal from the Court of Appeal’s conclusion that the repeal did not apply to Mr. Chouhan’s trial and Mr. Chouhan’s cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

### I. Overview

[221] Edmund Burke once wrote that “however sagacious and observing he may be, it is with infinite caution that any man ought to venture upon pulling down an edifice which has answered in any tolerable degree for ages the common purposes of society” (*Reflections on the Revolution in France* (1790), at p. 90). In Parliament’s haste to respond

de sa demande qu’elles soient exclues pour partialité, a signifié qu’il n’a pas été jugé par un jury impartial. Il s’agit d’une atteinte préjudiciable qui ne peut être réparée.

[218] En outre, cette erreur en est une qui porte atteinte non seulement à la confiance de M. Chouhan envers l’administration de la justice, mais également à celle du public. L’erreur du juge du procès de ne pas autoriser M. Chouhan à utiliser ses récusations péremptoires a été exacerbée par son échec à sauvegarder les droits d’un accusé qui est membre d’une minorité raciale, en posant des questions approfondies ou ne procédant à des mises à l’écart. Monsieur Chouhan n’a donc pas été jugé par un jury qu’il percevait comme étant impartial et représentatif. Il ne peut être remédié par la disposition réparatrice à cette atteinte préjudiciable à son droit à un procès équitable.

[219] Dans l’appel conjoint *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101, par. 52, les juges Moldaver et Brown suggèrent dans une remarque incidente qu’une « norme plus stricte pourrait être nécessaire pour l’application du sous-al. 686(1)(b)(iv) ». À mon avis, à l’aune de l’une ou de l’autre de ces normes, la disposition ne peut pas s’appliquer en l’espèce, compte tenu du préjudice causé par l’erreur.

[220] Je suis donc d’avis de rejeter l’appel interjeté par la Couronne de la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’abrogation ne s’appliquait pas au procès de M. Chouhan et l’appel incident de M. Chouhan.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

### I. Aperçu

[221] Edmund Burke a écrit : « . . . quels que soient sa sagacité et ses dons d’observation — ce n’est qu’avec des précautions infinies qu’on serait en droit d’entreprendre la destruction d’un édifice qui pendant de longs siècles a répondu de façon tant soit peu acceptable aux fins générales de la société . . . » (*Réflexions sur la révolution de France* (1989),

to an individual case, it committed this very error. It failed to understand why peremptory challenges had accompanied jury trials for over 700 years. It ignored the voices of racialized and other marginalized persons calling out for a chance to maintain the benefit of trial by jury.

[222] In *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2019, c. 25 (“*Amending Act*”), Parliament abolished peremptory challenges under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In doing so, it substantially diminished the benefit of trial by jury for Mr. Chouhan and many other accused persons, particularly racialized and other marginalized persons.

[223] Mr. Chouhan’s trial for first degree murder was scheduled to begin on the same day that s. 269 of the *Amending Act* took effect. At jury selection, the trial judge denied Mr. Chouhan the right to peremptorily challenge potential jurors, and thus he was unable to meaningfully participate in selecting the jurors who would try him. On four occasions, he objected to potential jurors based on gestures or actions that made him uncomfortable. The trial judge stood aside one of these potential jurors but allowed the other three to serve.

[224] Mr. Chouhan argues that his trial did not comply with ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleagues, like the courts below, focus their analysis on s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion, the analysis must begin with s. 11(f) of the *Charter* because its guarantee is broader than that of s. 11(d).

[225] Section 11(f) guarantees that all persons charged with non-military crimes punishable by a maximum term of imprisonment of five years or more have the right to benefit from trial by jury. In

p. 77-78). Le Parlement a commis cette erreur même dans son empressement à vouloir répondre à un cas d’espèce. Le Parlement n’a pas compris pourquoi les récusations péremptoires ont accompagné les procès avec jury depuis plus de 700 ans. Il a ignoré les voix des personnes racisées et d’autres personnes marginalisées qui réclamaient l’opportunité de maintenir le bénéfice d’un procès avec jury.

[222] Dans la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25 (« *Loi modificatrice* »), le Parlement a aboli les récusations péremptoires de jurés prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ce faisant, le Parlement a substantiellement diminué le bénéfice d’un procès avec jury pour M. Chouhan et pour beaucoup d’autres accusés, en particulier, les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées.

[223] Le procès de M. Chouhan pour meurtre au premier degré devait débiter le même jour que celui de l’entrée en vigueur de l’art. 269 de la *Loi modificatrice*. Lors de la sélection du jury, le juge du procès a nié à M. Chouhan le droit de récuser péremptoirement des candidats jurés et ce dernier n’a conséquemment pas été en mesure de véritablement participer à la sélection des jurés qui le jugeraient. À quatre occasions, M. Chouhan s’est opposé à la sélection de candidats jurés en raison de gestes ou d’actions qui l’ont mis mal à l’aise. Le juge du procès a mis à l’écart l’un de ces candidats jurés, mais a permis aux trois autres de servir comme jurés.

[224] Monsieur Chouhan plaide que son procès n’a pas été conforme aux al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mes collègues, à l’instar des tribunaux de juridiction inférieure, ont axé leurs analyses sur l’al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, l’analyse doit commencer par l’al. 11f) de la *Charte*, parce que les garanties qu’il offre sont plus vastes que celles offertes par l’al. 11d).

[225] L’alinéa 11f) garantit à tout inculpé le droit, 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

order to provide the benefit of trial by jury, a jury must possess certain core characteristics, including impartiality, representativeness and competence. Each of these three characteristics fosters the benefit of trial by jury. The abolition of peremptory challenges substantially reduces the benefit of jury trials by eroding these three characteristics.

[226] Peremptory challenges permit accused persons to strike at hidden, subtle and unconscious biases that are undoubtedly present in the jury array and that go unaddressed by challenges for cause. They also give accused persons the opportunity to try to obtain more representative and diverse juries. Finally, peremptory challenges allow accused persons to strike jurors whose life experiences are so acutely different to their own that they may be unable to deliver the benefit of trial by jury.

[227] There is a sad irony to this case. Parliament eliminated peremptory challenges because it saw them as an arbitrary tool used to perpetuate systemic racism and discriminate against jurors who are racialized or other marginalized persons. The reality is, however, that peremptory challenges are far from arbitrary. More particularly, for accused persons who are racialized or otherwise marginalized, they are a lifeline to combat unconscious biases and discrimination. In the words of one of the interveners, the Canadian Association of Black Lawyers:

Parliament failed to give proper consideration to the impact of the abolition of peremptory challenges on Black accused, the result of which is the exacerbation of the very issue that it claimed to fix: systemic racism.

(I.F., at para. 3)

[228] That intervener was not alone. Defence advocates representing a wide spectrum of

est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave. Afin d'offrir le bénéfice d'un procès avec jury, un jury doit posséder certaines caractéristiques essentielles, y compris l'impartialité, la représentativité et la compétence. Chacune de ces trois caractéristiques favorise le bénéfice d'un procès avec jury. L'abolition des récusations péremptoires réduit substantiellement le bénéfice des procès avec jury en érodant ces trois caractéristiques.

[226] Les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées de s'attaquer à des biais cachés, subtils et inconscients qui sont indubitablement présents dans le tableau des jurés et auxquels les récusations motivées ne peuvent pas remédier. Elles donnent aussi aux personnes accusées l'occasion de tenter d'obtenir des jurys plus représentatifs et diversifiés. Enfin, les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées d'exclure les jurés dont les expériences personnelles sont si profondément différentes des leurs qu'ils pourraient ne pas être aptes à livrer le bénéfice d'un procès avec jury.

[227] Il y a un triste paradoxe en l'espèce. Le Parlement a éliminé les récusations péremptoires parce qu'il estimait qu'elles étaient un outil arbitraire utilisé afin de perpétuer le racisme systémique et la discrimination à l'encontre des jurés qui sont des personnes racisées ou d'autres personnes marginalisées. En réalité, les récusations péremptoires sont toutefois loin d'être arbitraires. En particulier, pour les accusés qui sont racisés ou autrement marginalisés, les récusations péremptoires sont la bouée de sauvetage leur permettant de lutter contre les biais inconscients et la discrimination. Comme l'explique l'une des intervenantes, la Canadian Association of Black Lawyers :

[TRADUCTION] Le Parlement a omis d'accorder suffisamment d'attention à l'incidence de l'abolition des récusations péremptoires sur les accusés noirs; il en résulte une aggravation de la question même qu'il prétendait régler : le racisme systémique.

(m. interv., par. 3)

[228] Cette intervenante n'était pas la seule. Des militants des droits de la défense représentant une



organizations — including a number of racialized communities — implored us to understand and recognize the negative impact that the abolition of peremptory challenges would have on racialized and other marginalized persons. Their position is supported by the evidence before the trial judge.

[229] Peremptory challenges are not perfect. I acknowledge that they can be used in a discriminatory way. However, in attempting to combat the difficulties raised by peremptory challenges, Parliament had many options. It did not need to preserve peremptory challenges unchanged, but it did need to consider the interests of accused persons. The proper course of action for Parliament was not to abolish peremptory challenges but to regulate them. Its failure to do so is not minimally impairing. Therefore, s. 269 of the *Amending Act* infringes s. 11(f) of the *Charter*, as it is not a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society (*Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at paras. 120-21). To the extent that it abolishes peremptory challenges, I would declare s. 269 of the *Amending Act* to be of no force or effect.

[230] Since I find that the abolition of peremptory challenges infringes s. 11(f), I need not determine whether it also infringes s. 11(d). However, it is clear that the abolition of peremptory challenges at least affects s. 11(d). Had I not found a constitutional infringement, I would have found, like my colleague Justice Abella, that the abolition of peremptory challenges clearly affects substantive rights and can apply only prospectively.

[231] My colleagues Justices Moldaver and Brown find that the abolition of peremptory challenges does not affect any of Mr. Chouhan's rights. Yet they find it necessary to create new jury selection and trial protections (none of which were provided to Mr. Chouhan). I disagree with this approach. If the

vaste gamme d'organisations — y compris bon nombre de communautés racisées — nous ont priés de comprendre et de reconnaître les incidences néfastes que l'abolition des récusations péremptoires aurait sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées. Leur position est appuyée par la preuve dont disposait le juge du procès.

[229] Les récusations péremptoires ne sont pas parfaites. Je reconnais qu'elles peuvent être utilisées de manière discriminatoire. Toutefois, en tentant de lutter contre les difficultés soulevées par les récusations péremptoires, le Parlement disposait de nombreuses options. Il ne lui était pas nécessaire de conserver les récusations péremptoires telles qu'elles existaient, mais il devait prendre en considération les intérêts des personnes accusées. La façon adéquate de procéder pour le Parlement n'était pas d'abolir les récusations péremptoires, mais de les encadrer. Son défaut de le faire ne constitue pas une atteinte minimale. Par conséquent, l'art. 269 de la *Loi modificatrice* contrevient à l'al. 11f) de la *Charte*, car il ne constitue pas une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 120-121). Dans la mesure où il abolit les récusations péremptoires, je suis d'avis de déclarer invalide l'art. 269 de la *Loi modificatrice*.

[230] Comme je conclus que l'abolition des récusations péremptoires contrevient à l'al. 11f), il n'est pas nécessaire que je tranche la question de savoir si elle contrevient aussi à l'al. 11d). Toutefois, il est évident que l'abolition des récusations péremptoires porte au moins atteinte à l'al. 11d). Si je n'avais pas conclu à l'existence d'une violation constitutionnelle, j'aurais conclu, comme ma collègue la juge Abella, que l'abolition des récusations péremptoires porte de toute évidence atteinte à des droits substantiels et ne peut s'appliquer que prospectivement.

[231] Mes collègues les juges Moldaver et Brown estiment que l'abolition des récusations péremptoires ne porte atteinte à aucun des droits garantis à M. Chouhan. Pourtant, ils estiment nécessaire de créer de nouvelles procédures de sélection des jurés et protections de l'équité du procès (dont aucune n'a

regime enacted by Parliament cannot render trials constitutionally compliant, then it must be struck down. If the *Amending Act* does not even affect a *Charter* right, then this Court has no reason to decree its preferred replacement for peremptory challenges into law.

## II. History of Peremptory Challenges

[232] A peremptory challenge is a discretionary power that may be exercised to prevent a potential juror from entering the jury. The common law right of an accused to peremptorily challenge potential jurors is over seven hundred years old (J. Heinz, “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 201, at pp. 207-8). By 1488, the common law provided the accused with the right to challenge thirty-five potential jurors (J. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1558 (2003), at p. 517). Historically, peremptory challenges were one of the few protections that a person charged with a crime enjoyed. Before an accused could be represented by a lawyer, call witnesses on their own behalf, or have hearsay evidence excluded, they had the ability to participate in selecting the jury. In the words of Sir John Baker, “[t]he blessing of trial by jury was favourable to the accused in some respects. He was able to challenge up to thirty-five jurors without giving any reason, and more with cause. The twelve who were selected had to be unanimous before they could convict him. If they acquitted him, however perversely, the verdict was final and unimpeachable” (*An Introduction to English Legal History* (5th ed. 2019), at p. 550).

[233] The importance of peremptory challenges rested on their ability to aid both in securing an impartial jury and in comforting the accused in the fairness of the jury and thus the final verdict. Sir Edward Coke recognized the importance of

été offerte à M. Chouhan). Je suis en désaccord avec cette approche. Si le régime édicté par le Parlement n’est pas en mesure d’assurer la compatibilité des procès avec la Constitution, il doit alors être invalidé. Si la *Loi modificatrice* ne porte même pas atteinte à un droit garanti par la *Charte*, alors la Cour n’a aucune raison de décréter le régime qu’elle préfère et qui devrait remplacer celui des récusations péremptoires.

## II. Historique des récusations péremptoires

[232] Une récusation péremptoire est un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé pour empêcher un candidat juré de faire partie du jury. Le droit de l’accusé, issu de la common law, de récuser péremptoirement des candidats jurés date de plus de 700 ans (J. Heinz, « Peremptory Challenges in Criminal Cases : A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 201, p. 207-208). Dès 1488, la common law donnait à l’accusé le droit de récuser 35 candidats jurés (J. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1558 (2003), p. 517). Historiquement, les récusations péremptoires étaient l’une des rares protections dont jouissait une personne inculpée d’une infraction criminelle. Avant qu’un accusé puisse être représenté par un avocat, qu’il puisse faire comparaître des témoins pour son compte ou qu’il puisse faire exclure la preuve par oui-dire, il avait la possibilité de participer à la sélection des jurés. Comme le soulignait Sir John Baker, [TRADUCTION] « [L]a bénédiction du procès avec jury favorisait l’accusé à certains égards. Il était en mesure de récuser jusqu’à 35 jurés, sans fournir quelque motif que ce soit, et de récuser davantage de jurés en fournissant des motifs. Les 12 qui étaient choisis devaient être unanimes avant de pouvoir le déclarer coupable. Si les jurés acquittaient l’accusé — aussi abusive que la décision puisse être — le verdict était définitif et inattaquable » (*An Introduction to English Legal History* (5<sup>e</sup> éd. 2019), p. 550).

[233] L’importance des récusations péremptoires résidait dans leur aptitude à aider tant à garantir l’impartialité du jury qu’à rassurer l’accusé quant à l’équité du jury et donc du verdict définitif. Sir Edward Coke a reconnu, il y a 400 ans, l’importance

peremptory challenges in securing an impartial jury four hundred years ago when he wrote that “the end of [a peremptory] challenge is to have an indifferent [trial], and which is required by law; and to bar the party indicted of his lawful challenge, is to bar him of a princip[al] matter concerning his [trial]” (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797), at p. 27). In *Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20, Lord Chief Justice Campbell similarly observed that without peremptory challenges,

it is quite obvious that justice could not be satisfactorily administered; for it must often happen that a juror is returned on the panel who does not stand indifferent, and who is not fit to serve upon the trial, although no legal evidence could be adduced to prove his unfitness. [p. 27]

[234] The Parliament of England agreed. After the outcry following political persecutions in the seventeenth century, it recognized that peremptory challenges were one of the accused’s most important tools in securing an impartial jury. In order to enhance the accused’s ability to use peremptory challenges, it enacted a requirement to provide those charged with treason with a jury list in advance (*Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprision of Treason* (Eng.), 1696, 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7; F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), at p. 319; J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2005), at p. 95-96).

[235] The process of participating in jury selection also gives the accused a sense of ownership in the trial, which increases their confidence in the fairness of the trial. This increased confidence in the fairness of the trial is especially important in jury trials because juries do not provide reasons for their decisions. Sir William Blackstone wrote of the important effect that peremptory challenges have on the attitude of the accused:

des récusations péremptoires dans le but de s’assurer de l’impartialité du jury, lorsqu’il a écrit que [TRA-DUCTION] « le but d’une récusation [péremptoire] est de tenir un procès impartial, ce qui est requis par la loi; et le fait de nier à l’accusé son droit à une récusation prévue par la loi, c’est l’exclure d’une question essentielle relative à son procès » (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797), p. 27). Dans *Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20, le lord juge en chef Campbell faisait observer de manière similaire que sans les récusations péremptoires,

[TRADUCTION] il est évident que la justice ne pouvait être rendue de manière satisfaisante; car il doit souvent arriver qu’un juré qui est renvoyé au tableau ne soit pas impartial et ne soit pas apte à servir lors du procès, même si aucune preuve admissible ne peut être produite pour établir son inaptitude. [p. 27]

[234] Le Parlement de l’Angleterre a exprimé son accord. Après le tollé qu’ont suscité les persécutions politiques du XVII<sup>e</sup> siècle, il a reconnu que les récusations péremptoires étaient l’un des outils les plus importants dont bénéficiait l’accusé pour s’assurer de l’impartialité du jury. Afin d’accroître l’aptitude de l’accusé à utiliser les récusations péremptoires, le Parlement a édicté l’obligation de fournir aux personnes inculpées de trahison une liste de jurés à l’avance (*Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprision of Treason* (Angl.), 1696, 7 & 8 Gul. 3, c. 3, art. 7; F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), p. 319; J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2005), p. 95-96).

[235] Le processus de participation à la sélection des jurés procure aussi à l’accusé un sentiment d’appartenance à l’égard du procès, ce qui accroît sa confiance en l’équité du procès. Cette confiance accrue en l’équité du procès est particulièrement importante dans les procès avec jury, parce que les jurés ne donnent pas de motifs justifiant leurs décisions. Sir William Blackstone a écrit ce qui suit sur l’importante incidence que les récusations péremptoires ont sur le comportement de l’accusé :

But in criminal cases, or at least in capital ones, there is, in *favorem vitae* [from a regard to life], allowed to the prisoner an arbitrary and capricious species of challenge to a certain number of jurors, without [showing] any cause at all; which is called a *peremptory* challenge; a provision full of that tenderness and humanity to prisoners, for which our English laws are justly famous. This is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible, what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another; and how necessary it is, that a prisoner (when put to defend his life) should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him; the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause [shown], if the reason assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment; to prevent all ill consequences from which, the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at pp. 352-53)

[236] I would disagree only with the characterization of peremptory challenges as arbitrary. They are discretionary, but that does not mean they are arbitrary. That they may be exercised without an express reason does not mean that a reason does not exist. After all, the jury itself does not give reasons for its decision.

[237] Peremptory challenges came to Canada with the common law. For instance, the 1792 and 1794 juries acts of Upper Canada expressly received the “[l]aw and [c]ustom of England”, including peremptory challenges (R. B. Brown, “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century” (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, at p. 480). Until 1850, the common law regulated the number of peremptory challenges available in Upper Canada. In 1869, Canada adopted the number of peremptory challenges given to defendants in pre-Confederation Upper Canada: twenty for those charged with treason or capital offences, twelve for those charged with other felonies, and

[TRADUCTION] Mais, dans les affaires criminelles, ou du moins les crimes punissables de mort, on doit, *in favorem vitae* [dans l’intérêt de la vie], permettre au prisonnier un certain nombre de récusations arbitraires et capricieuses, sans établir aucune raison; c’est ce que l’on appelle une récusation *péremptoire*; une disposition pleine de cette tendresse et de cette humanité pour les prisonniers qui, à juste titre, rendent nos lois anglaises célèbres. On invoque, à cet effet, deux raisons principales. 1. Puisque chacun doit être conscient des impressions soudaines et des préjugés inexplicables que l’on peut ressentir à la vue de quelqu’un et de la nécessité, pour un prisonnier (lorsque sa vie est en jeu), d’avoir une bonne opinion de son jury à défaut de quoi il pourrait être tout à fait déconcerté, la loi ne veut pas qu’il soit jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé, même s’il est incapable d’expliquer cette aversion. 2. Parce qu’il se peut, lorsque les raisons invoquées pour une récusation pour cause ne justifient pas la mise à l’écart du juré, que le seul fait de mettre en doute son impartialité crée un ressentiment, alors le prisonnier a encore la possibilité, s’il le veut, de récuser péremptoirement le juré pour empêcher toute conséquence nuisible. [En italique dans l’original; note en bas de page omise.]

(*Commentaries on the Laws of England* (16<sup>e</sup> éd. 1825), t. IV, p. 352-353)

[236] Je suis en désaccord uniquement en ce qui concerne la qualification des récusations péremptoires d’arbitraires. Elles sont discrétionnaires, mais cela ne signifie pas qu’elles sont arbitraires. Qu’elles puissent être exercées sans un motif exprès ne signifie pas qu’un motif n’existe pas. Après tout, le jury lui-même ne donne pas de motifs justifiant sa décision.

[237] Les récusations péremptoires sont apparues au Canada avec la common law. En l’occurrence, les lois de 1792 et de 1794 du Haut-Canada sur les jurys ont expressément intégré les [TRADUCTION] « lois et coutumes d’Angleterre », y compris les récusations péremptoires (R. B. Brown, « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, p. 480). Jusqu’en 1850, la common law encadrait le nombre de récusations péremptoires disponibles dans le Haut-Canada. En 1869, le Canada a adopté le même nombre de récusations péremptoires offertes aux défendeurs dans le Haut-Canada au cours de la période pré-confédérative : 20 pour

four for those charged with misdemeanors (Brown, at pp. 490-91). In 1892, Canada's first *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 668, similarly provided for twenty peremptory challenges for those charged with treason or capital offences, twelve for those charged with offences punishable by imprisonment for more than five years, and four for those charged with offences punishable by less than five years of imprisonment.

[238] Like their English counterparts, Canadian courts have recognized the value of peremptory challenges. In *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407, Chief Justice Ritchie noted the importance of peremptory challenges in securing a fair trial: "The object of the law certainly is to secure the prisoners a fair trial. How can this be accomplished if he is deprived of the privilege the law gives him in the selection of the jury by whom he is to be tried?" (p. 425). Similarly, in *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated that "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).

[239] In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, this Court found that the accused's right to peremptorily challenge jurors in Quebec dated back to the *Quebec Act, 1774* (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 2), and that the trial judge's denial of an accused's peremptory challenge rendered the verdict voidable. Justice Pratte, for the majority, said that the consequences that flow from a legal error by the trial judge must depend on the nature of the rule violated and the importance of the right that the rule is designed to safeguard (p. 715). In recognition of the importance of the rights safeguarded by the accused's right to peremptorily challenge, he found that it could be

ceux inculpés de trahison ou d'infractions passibles de la peine capitale, 12 pour ceux inculpés d'autres crimes graves et 4 pour ceux inculpés d'infractions mineures (Brown, p. 490-491). En 1892, au Canada, le premier *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, c. 29, art. 668, conférait de manière semblable 20 récusations péremptoires pour ceux inculpés de trahison ou d'infractions passibles de la peine capitale, 12 pour ceux inculpés d'infractions punissables de plus de 5 ans d'emprisonnement et 4 pour ceux inculpés d'infractions punissables de moins de 5 ans d'emprisonnement.

[238] À l'instar de leurs équivalents anglais, les tribunaux canadiens ont reconnu l'importance des récusations péremptoires. Dans l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie a souligné l'importance des récusations péremptoires afin de s'assurer qu'un procès est équitable : [TRADUCTION] « La loi vise, bien sûr, à assurer aux prisonniers un procès équitable. Comment peut-elle atteindre ce but s'ils sont empêchés, en choisissant le jury qui les jugera, d'exercer le privilège que la loi leur accorde? » (p. 425). De manière semblable, dans l'arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour a affirmé que [TRADUCTION] « dans l'administration de la justice criminelle, 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).

[239] Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, la Cour a conclu qu'au Québec, le droit de l'accusé de récuser péremptoirement les jurés remontait à l'*Acte de Québec de 1774* (G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2) et que le rejet par le juge du procès d'une demande de récusation péremptoire par l'accusé rendait le verdict nul. Au nom des juges majoritaires, le juge Pratte a affirmé que les conséquences qui découlent d'une erreur de droit commise par le juge du procès sont tributaires de la nature de la règle violée et de l'importance du droit que celle-ci vise à protéger (p. 715). Reconnaisant l'importance des droits protégés par le droit de l'accusé de récuser

negated only by a clear legislative provision and that the accused, when erroneously denied a peremptory challenge, was automatically entitled to ask for a new trial without having to prove prejudice, because there was “*préjudice de droit*” (pp. 721 and 724).

[240] In *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, L’Heureux-Dubé J. found that

peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused’s perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal. [pp. 532-33]

[241] In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, Gonthier J. (dissenting, albeit not on this point) adopted Blackstone’s justifications for peremptory challenges and added that they also teach the litigant and the community “that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant” (p. 116, citing B. Babcock, “Voir Dire: Preserving ‘Its Wonderful Power’” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, at p. 552).

[242] Most recently, my colleague Justice Karakatsanis recognized the value of peremptory challenges in *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, when she referred to them as a safeguard to ensure the impartiality of the jury (para. 55).

[243] From the preceding analysis, it is clear that judges have long acknowledged that peremptory challenges enhance both impartiality in fact and an accused’s perception of trial fairness. It is also clear that the defence’s right to peremptory challenges was both a common law and a statutory right prior

péremptoirement des jurés, il a conclu que seule une disposition législative claire pouvait nier le droit à la récusation péremptoire, et que l’accusé à qui on avait erronément refusé une récusation péremptoire était automatiquement bien fondé à demander un nouveau procès, sans qu’il ait à prouver un préjudice, parce qu’il y avait eu « préjudice de droit » (p. 721 et 724).

[240] Dans l’arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, la juge L’Heureux-Dubé a conclu que

les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l’accusé ne dispose pas de renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d’un jury, ce qui dépend à la fois de l’accusé et de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l’accusé qu’il a bénéficié d’un tribunal constitué équitablement [p. 532-533].

[241] Dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, le juge Gonthier (dissident, mais non sur ce point) a fait siennes les explications de Blackstone concernant les récusations péremptoires et a ajouté qu’elles enseignent aussi au plaideur et à la collectivité [TRADUCTION] « que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu’il y a lieu de suivre sa décision parce qu’en réalité, le jury appartient au plaideur » (p. 115-116, citant B. Babcock, « Voir Dire : Preserving “Its Wonderful Power” » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, p. 552).

[242] Plus récemment, ma collègue, la juge Karakatsanis, a reconnu la valeur des récusations péremptoires dans l’arrêt *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, lorsqu’elle y a fait référence comme étant une garantie visant à assurer l’impartialité du jury (par. 55).

[243] Il ressort de l’analyse qui précède que les juges ont de toute évidence reconnu depuis longtemps que les récusations péremptoires renforcent à la fois l’impartialité dans les faits et le sentiment de l’accusé que le procès est équitable. Il est tout aussi évident que le droit de la défense de récuser

to September 19, 2019, the date on which s. 269 of the *Amending Act* took effect.

[244] Section 269 of the *Amending Act* provides that ss. 633 and 634 of the *Code* are replaced by the new s. 633, thereby removing peremptory challenges from the *Code* by implication. The only mention of peremptory challenges in the *Amending Act* is in the summary, which states: “This enactment amends the *Criminal Code* to, among other things, . . . (c) abolish peremptory challenges of jurors . . . .” All parties and interveners proceeded before this Court on the basis that this language abolished all peremptory challenges. I too will proceed on that basis, but I note parenthetically that if the common law right lay dormant under the statutory right (for instance, in a manner similar to prerogative powers in abeyance (see *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), then its continued existence would depend on the interpretation of the *Amending Act*. As Lord Chief Justice Tindal emphasized:

. . . if the question, whether his right to the peremptory challenge has or has not been taken away, remains open to any doubt, it appears to me, that in accordance with the general principle of decision applied to criminal cases, *tutius erratur in mitiori sensu*, the decision of such question is to be given in favour of the prisoner, who is not to be deprived, by implication of a right of so much importance to him, given by the common law, and enjoyed for many centuries, unless such implication is absolutely necessary for the interpretation of the statute.

(*Gray v. Reg.* (1844), 11 Cl. & F. 427, 8 E.R. 1164 (H.L.), at p. 1183)

### III. Section 11(f) of the Charter

[245] Section 11(f) of the *Charter* provides:

**11.** Any person charged with an offence has the right

...

péremptoirement était un droit issu à la fois de la common law et de la loi avant le 19 septembre 2019, date à laquelle l’art. 269 de la *Loi modificatrice* est entré en vigueur.

[244] L’article 269 de la *Loi modificatrice* dispose que les art. 633 et 634 du *Code* sont remplacés par le nouvel art. 633, abolissant ainsi implicitement les récusations péremptoires du *Code*. L’unique mention des récusations péremptoires dans la *Loi modificatrice* est faite dans le sommaire, dont le libellé est le suivant : « Le texte modifie le *Code criminel* en vue notamment : [. . .] c) d’abolir la récusation péremptoire de jurés . . . ». Les observations de toutes les parties et de tous les intervenants ayant comparu à la Cour étaient fondées sur la prémisse voulant que ce libellé ait aboli toutes les récusations péremptoires. Je procéderai, moi aussi, sur ce fondement, mais je note entre parenthèses que si le droit issu de la common law demeure latent en arrière-plan du droit statuaire (par exemple, d’une manière semblable à la suspension de la prérogative (voir *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), alors le maintien de son existence dépendra de l’interprétation de la *Loi modificatrice*. Comme le lord juge en chef Tindal l’a souligné :

[TRADUCTION] . . . si la question de savoir si son droit à la récusation péremptoire a été abrogé ou non demeure en proie à quelque doute que ce soit, il me semble que, conformément au principe général de l’application des décisions aux causes en droit criminel, *tutius erratur in mitiori sensu*, la décision relative à une telle question doit être rendue en faveur du détenu qui ne doit pas être privé implicitement d’un droit si important pour lui, que la common law lui confère et dont il a joui pendant de nombreux siècles, à moins qu’une telle conséquence ne soit absolument nécessaire à l’interprétation de la loi.

(*Gray c. Reg.* (1844), 11 Cl. & F. 427, 8 E.R. 1164 (H.L.), p. 1183)

### III. Alinéa 11f) de la Charte

[245] L’alinéa 11f) de la *Charte* dispose que :

**11.** Tout inculpé a le droit

...

(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;

#### 11. Tout inculpé a le droit

...

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.

[246] This Court has never defined the meaning of “trial by jury”. In order for s. 11(f) to be meaningful, there “must be some set of core irreducible attributes that a tribunal must possess for it to be considered a ‘jury’” (*R. v. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1, at para. 43). In my view, a jury must possess all of the characteristics necessary to provide the accused with the benefit that the framers of the *Charter* sought to protect. This understanding of s. 11(f) is consistent with its wording and context, as well as with the history of juries and the jurisprudence of this Court.

[247] This Court has repeatedly found that the core purpose of s. 11(f), like the other paragraphs of s. 11, is to protect the accused (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1310-11; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, at p. 1400; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 28). In light of this purpose, and reading the French and English texts together, Wilson J. held that s. 11(f) “should be read as giving the accused the right to benefit from a trial by jury” (*Turpin*, at p. 1314 (emphasis in original)). She found that the intent of the framers was “to guarantee an accused the benefit of a jury trial where a jury trial is in fact from his or her perspective a benefit” (*Turpin*, at p. 1313). Similarly, in *Stillman*, my colleagues Moldaver and Brown JJ. found that s. 11(f) was meant to protect the accused “by giving him or her the benefit of trial by his or her peers” (para. 28).

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;

#### 11. Any person charged with an offence has the right

...

(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;

[246] La Cour n'a jamais défini le sens de l'expression « procès avec jury ». Pour que l'al. 11f) ait un véritable sens, [TRADUCTION] « un tribunal doit posséder un ensemble d'attributs irréductibles pour qu'il soit considéré comme un “jury” » (*R. c. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1, par. 43). À mon avis, un jury doit posséder toutes les caractéristiques nécessaires permettant d'offrir à l'accusé le bénéfice que les rédacteurs de la *Charte* désiraient protéger. Cette interprétation de l'al. 11f) est compatible avec son libellé et son contexte, ainsi qu'avec l'historique des jurys et la jurisprudence de la Cour.

[247] La Cour a conclu à maintes reprises que l'objet principal de l'al. 11f), à l'instar des autres alinéas de l'art. 11, est la protection de l'accusé (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1310-1311; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, p. 1400; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 28). Compte tenu de cet objet, et après avoir lu conjointement les versions française et anglaise du texte, la juge Wilson a conclu que l'al. 11f) doit être interprété « comme permettant à l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury » (*Turpin*, p. 1314 (souligné dans l'original)). Elle a conclu que l'intention des rédacteurs était de « garantir à l'accusé [le] bénéfic[e] d'un procès avec jury s'il estime qu'un jury constitue réellement un avantage » (*Turpin*, p. 1313). De manière semblable, dans l'arrêt *Stillman*, mes collègues les juges Moldaver et Brown ont conclu que l'al. 11f) visait à protéger l'accusé « en lui permettant d'être jugé par ses pairs » (par. 28).



[248] It is thus clear that the purpose of s. 11(f) is to guarantee an underlying benefit that comes from jury trials. The first step in deciding this appeal is to determine the nature of this benefit that jury trials provide and that the framers of the *Charter* sought to protect by enshrining s. 11(f). The second step is to determine what characteristics a jury trial must have to secure this benefit. The ultimate question is whether the abolition of peremptory challenges deprives Mr. Chouhan of the benefit of trial by jury.

#### A. *Nature of the Benefit of Trial by Jury*

[249] The jurisprudence of this Court has recognized four core advantages of jury trials in comparison to judge-alone trials. Together, these four advantages are the four elements of the benefit of trial by jury.

[250] The first element of the benefit of trial by jury that has been recognized is that the jury is an excellent fact finder (*Sherratt*, at p. 523). In the words of Lord du Parcq, “when questions of fact have to be decided, . . . there is no tribunal to equal a jury” (*Aspects of the Law* (1948), at p. 10). The jury’s superior fact-finding ability comes from both the cumulative abilities of its members and the diversity of their experiences. The evaluation of evidence often requires making judgments about human behaviour. Triers of fact must rely on their common sense and personal experiences to determine whether witnesses are sincere, accurate and credible. Each juror brings their own personal experience to this assessment, and thus the cumulative experience of the jury is greater than that of any one individual, or of any group of individuals who have largely shared similar life experiences. The group size also means that a jury benefits from the collective recall of all jurors. Whereas one decision maker may forget a particular aspect of the evidence, it is less likely that the jury will miss something because the twelve jurors deliberate as a group. Finally, the deliberative nature of the jury also contributes to better fact finding because each detail is discussed and scrutinized by the group (Law

[248] Il est donc évident que l’objet de l’al. 11f) est de garantir un bénéfice sous-jacent qui découle des procès avec jury. La première étape pour trancher le présent pourvoi est de déterminer la nature du bénéfice que les procès avec jury offrent et que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger en consacrant l’al. 11f). La seconde étape consiste à déterminer quelles caractéristiques un procès avec jury doit posséder pour garantir ce bénéfice. La question fondamentale est de savoir si l’abolition des récusations péremptoires prive M. Chouhan du bénéfice d’un procès avec jury.

#### A. *Nature du bénéfice d’un procès avec jury*

[249] La jurisprudence de la Cour a reconnu quatre avantages principaux aux procès avec jury comparativement aux procès avec un juge siégeant seul. Ensemble, ces quatre avantages sont les quatre éléments du bénéfice d’un procès avec jury.

[250] Le premier élément du bénéfice d’un procès avec jury qui a été reconnu est que le jury s’avère un excellent juge des faits (*Sherratt*, p. 523). Pour reprendre les termes de lord du Parcq, [TRADUCTION] « lorsqu’il faut trancher des questions de fait, [. . .] aucun tribunal ne vaut un jury » (*Aspects of the Law* (1948), p. 10). La supériorité du jury à titre de juge des faits découle à la fois des aptitudes cumulatives de ses membres et de la diversité de leurs expériences. L’appréciation de la preuve oblige souvent à porter un jugement sur le comportement humain. Les juges des faits doivent se fonder sur leur bon sens et sur leurs expériences personnelles pour déterminer si les témoins sont sincères, précis et crédibles. Chaque juré contribue à cette tâche en y apportant son expérience personnelle et l’expérience cumulative des jurés est ainsi supérieure à l’expérience de tout individu ou de tout groupe d’individus qui ont largement vécu des expériences semblables. La taille du groupe signifie aussi qu’un jury bénéficie de la mémoire collective de tous les jurés. Alors qu’un décideur seul peut oublier un aspect particulier de la preuve, il est moins probable que le jury oublie quoi que ce soit, parce que les 12 jurés délibèrent en groupe. Enfin, le processus de délibération des

Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 6-7).

[251] The second element of the benefit of trial by jury is that a jury represents the conscience of the community (*Turpin*, at pp. 1309-10; *Sherratt*, at p. 523; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at para. 55; *Stillman*, at para. 28). The Law Reform Commission of Canada explained that given the generality of the law, cases will arise in which a rigid application of the law will lead to an inequitable result. The jury, composed of a representative cross-section of society, is best placed to determine whether applying the law to a particular set of facts would be inequitable or would accord with society's values. Indeed, many jurists argue that "in serious cases it is the jury who must retain the ultimate responsibility for dispensing equity" (Law Reform Commission, at p. 9).

[252] Closely related to the jury's role as the conscience of the community is its role as "a bulwark of individual liberty" protecting against oppressive laws or oppressive enforcement of the law (*Turpin*, at p. 1309; see also *Sherratt*, at pp. 523-24). Since a jury makes the final determination of guilt or innocence, it may refuse to apply a law that does not conform to the morality of the community or that is being used in an oppressive fashion. Although this role has been controversial, it is "well established that under the system of justice we have inherited from England juries are not entitled as a matter of right to refuse to apply the law — but they do have the power to do so when their consciences permit of no other course" (*R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501, at para. 27 (emphasis deleted)).

[253] The jury also serves the broader social interests of public education and legitimization of the justice system (*Turpin*, at pp. 1309-10; *Sherratt*, at p. 523; *Stillman*, at para. 28). By allowing members of the public to participate directly in judging, it teaches them about the criminal justice system, decreasing its mysteriousness and increasing its

jurés contribue aussi à une meilleure appréciation des faits, car chaque détail est approfondi et soumis à l'examen minutieux du groupe (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-6).

[251] Le second élément du bénéfice d'un procès avec jury est qu'il représente la conscience de la collectivité (*Turpin*, p. 1309-1310; *Sherratt*, p. 523; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, par. 55; *Stillman*, par. 28). Selon la Commission de réforme du droit du Canada, étant donné que la loi s'exprime en termes généraux, il est inévitable qu'une application rigide de la loi mène à un résultat injuste dans certains cas. Le jury, composé d'un échantillon représentatif de la société, est le mieux à même de déterminer si l'application de la loi à un ensemble particulier de faits serait injuste ou correspondrait aux valeurs de la société. En fait, de nombreux juristes soutiennent que « c'est le jury qui doit conserver la responsabilité ultime de dispenser la justice dans les affaires les plus graves » (Commission de réforme du droit, p. 9).

[252] Est étroitement lié au rôle du jury comme conscience de la collectivité, son rôle à titre de « rempart des libertés individuelles » protégeant les individus contre les lois oppressives ou leur application oppressive (*Turpin*, p. 1309; voir aussi *Sherratt*, p. 523-524). Comme le jury rend le verdict définitif de culpabilité ou d'innocence, il peut refuser d'appliquer une loi qui est incompatible avec la moralité de la collectivité ou qui est utilisée de manière oppressive. Bien que ce rôle ait été controversé, il est « bien établi que, dans le système de justice que nous tenons de l'Angleterre, les jurés ne peuvent pas de plein droit refuser d'appliquer la loi — mais ils ont la faculté de le faire lorsque leur conscience ne leur en laisse pas le choix » (*R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501, par. 27 (italique omis)).

[253] Le jury sert aussi des intérêts sociaux plus larges tels que l'éducation du public et la légitimation du système de justice (*Turpin*, p. 1309-1310; *Sherratt*, p. 523; *Stillman*, par. 28). Permettre aux membres du public de participer directement à l'adjudication les familiarise avec le système de justice criminelle, diminuant ainsi le mystère qui l'entoure

acceptability. It also allows members of the public to see for themselves that decisions are fair, just, and in accordance with community values. This has the effect of increasing the legitimacy of the justice system.

[254] All four of these elements — superior fact finding, conscience of the community, bulwark of liberty, and educative and legitimizing effect — form the benefit of trial by jury. It is also important to remember that although some of these elements benefit both the accused and society, the purpose of s. 11(f) is to protect the interests of the accused, so the focus must be on the elements that serve this purpose (*Turpin*, at pp. 1310-11; *Lee*, at p. 1400; *Stillman*, at para. 28).

B. *Conditions Precedent to the Benefit of Trial by Jury*

[255] In order for an accused to receive the benefit of trial by jury, the jury must have certain characteristics. Again here, our jurisprudence has established some essential characteristics of a jury. For instance, in order to deliver equity and exercise its superior fact-finding ability, a jury must be the ultimate arbiter of guilt (*Krieger*, at paras. 17, 22 and 29). Our case law has also determined that the jury must be impartial, representative and competent (*Davey*, at para. 30; *Sherratt*, at p. 525; *Bain*, at p. 114).

[256] The ability of the accused to meaningfully participate in selecting their triers may be another one of these core, irreducible attributes of a jury trial. For the entire existence of jury trials in Canada, the accused has had the right to peremptorily challenge potential jurors. Until September 19, 2019, peremptory challenges were part and parcel of jury trials. As we will see, peremptory challenges have important effects on impartiality, representativeness and competence. However, they also play a unique role in a jury trial. Peremptory challenges recognize that accused persons are worthy of agency and dignity. They enable an accused person to meaningfully participate in selecting their triers, something that

et augmentant son acceptabilité. Il permet aussi aux membres du public de constater par eux-mêmes que les décisions sont équitables, justes et rendues en conformité avec les valeurs de la collectivité. Il en résulte une confiance accrue de la société envers la légitimité du système judiciaire.

[254] Tous ces quatre éléments — supériorité à titre de juge des faits, conscience de la collectivité, rempart de la liberté ainsi que l'éducation et la légitimation — constituent le bénéfice d'un procès avec jury. Il est aussi important de garder à l'esprit que, certes, certains de ces éléments bénéficient à la fois à l'accusé et à la société, mais l'objet de l'al. 11f) est de protéger les intérêts de l'accusé, de sorte que l'accent doit être mis sur les éléments qui servent cet objet (*Turpin*, p. 1310-1311; *Lee*, p. 1400; *Stillman*, par. 28).

B. *Conditions préalables au bénéfice d'un procès avec jury*

[255] Pour qu'un accusé bénéficie d'un procès avec jury, ce dernier doit posséder certaines caractéristiques. Encore une fois, notre jurisprudence a établi certaines caractéristiques essentielles qu'un jury doit posséder. Par exemple, pour que le jury fasse preuve d'équité et puisse démontrer sa supériorité à titre de juge des faits, lui seul doit statuer sur la culpabilité (*Krieger*, par. 17, 22 et 29). Il ressort aussi de notre jurisprudence que le jury doit être impartial, représentatif et compétent (*Davey*, par. 30; *Sherratt*, p. 525, *Bain*, p. 114).

[256] La capacité de l'accusé à participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront pourrait être une autre de ces caractéristiques irréductibles qui sont indispensables à un procès avec jury. Depuis que les procès avec jury existent au Canada, l'accusé a toujours eu le droit de récuser péremptoirement des candidats jurés. Jusqu'au 19 septembre 2019, les récusations péremptoires faisaient partie intégrante des procès avec jury. Comme nous le verrons, les récusations péremptoires ont des incidences importantes sur l'impartialité, la représentativité et la compétence. Toutefois, elles jouent aussi un rôle unique dans un procès avec jury. Les récusations péremptoires sont un moyen de

is absent in a trial by judge alone. This process of participating in jury selection gives the accused a sense of ownership in the trial. As Gonthier J. acknowledged in *Bain*, this furthers the benefit of trial by jury as it “teaches the litigant, and through him the community, that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant” (p. 116, citing *Babcock*, at p. 552).

[257] As emphasized by my colleagues Moldaver and Brown JJ., peremptory challenges also confer a substantial benefit in the subjective minds of accused persons (paras. 18, 24 and 96). By removing jurors that cause them fear or discomfort, an accused will be more likely to feel that they are being tried by jurors whom they consider peers, which increases their confidence that the trial and the verdict are fair (A.R., vol. II, at pp. 192-94). In the words of Sharpe J.A.:

By offering each side a limited number of peremptory challenges, the law allows the parties to eliminate unprovable but perceived concerns about the propensities of jurors and thereby enhance confidence in the impartiality of the jury and the fairness of the trial.

(*R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), at para. 60)

[258] This increased confidence in the fairness of the trial is especially important to offset the absence of reasons in a jury trial. As this Court has emphasized, reasons justifying and explaining the result are important both for the dignity of the losing party and for the public to know that justice has been done (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 24).

reconnaître l'autonomie et la dignité des personnes accusées. Elles permettent à l'accusé de participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront, un processus absent d'un procès mené par un juge siégeant seul. Ce processus de participation à la sélection des jurés donne à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès. Comme le juge Gonthier l'a énoncé dans l'arrêt *Bain*, le bénéfice d'un procès avec jury en est accru, car il [TRADUCTION] « apprend au plaideur, et par son entremise à la collectivité, que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu'il y a lieu de suivre sa décision parce qu'en réalité, le jury appartient au plaideur » (p. 116, citant *Babcock*, p. 552).

[257] Comme mes collègues les juges Moldaver et Brown l'ont souligné, les récusations péremptoires confèrent également un avantage substantiel dans l'esprit des accusés (par. 18, 24 et 96). Lorsqu'il exclut des jurés qui le mettent mal à l'aise ou dont il a peur, l'accusé aura fort probablement le sentiment qu'il est jugé par des jurés qu'il considère comme ses pairs, ce qui accroît sa confiance dans l'équité du procès et du verdict (d.a., vol. II, p. 192-194). Le juge Sharpe de la Cour d'appel s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Lorsqu'elle offre à chaque camp un nombre limité de récusations péremptoires, la loi permet aux parties de dissiper les préoccupations ressenties, mais difficiles à prouver quant à la propension des jurés à la partialité et permet donc d'accroître la confiance dans l'impartialité du jury et l'équité du procès.

(*R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), par. 60)

[258] Cette confiance accrue dans l'équité du procès est particulièrement importante pour compenser l'absence de motifs dans un procès avec jury. Comme la Cour l'a souligné, des motifs justifiant et expliquant le résultat sont importants à la fois pour la dignité de la partie qui n'a pas obtenu gain de cause et pour que les membres du public sachent que justice a été rendue (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 24).

[259] Peremptory challenges are also critical to the empanelling of impartial, representative and competent juries.

(1) Impartiality

[260] For hundreds of years, courts have acknowledged that peremptory challenges facilitate the selection of an impartial jury. Accused persons can and do exercise their peremptory challenges to remove potential jurors who are biased against them. Although there are other mechanisms for preventing partial juries, those mechanisms were designed to work alongside peremptory challenges. For instance, courts have found peremptory challenges important because they allow an accused to remove a partial juror even where the evidence of partiality might not be admissible or the accused's reasons are difficult to articulate. The abolition of peremptory challenges thus leaves a hole in an accused's protection from a partial jury. To understand this, we must look at the other protections in the jury selection process.

[261] The starting point in Canada is that all potential jurors are presumed to be impartial (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 21). Randomness in selecting jurors has traditionally been thought to guard against partiality. But in recent years, “[t]he administration of justice has faced up to the fact that racial prejudice and discrimination are intractable features of our society and must be squarely addressed in the selection of jurors” (*Spence*, at para. 1). Where a party demonstrates a realistic potential for partiality, the judge must permit limited questions to jurors during a challenge for cause (*Sherratt*, at p. 536). In the case of racialized accused, “courts have acknowledged that racial prejudice against visible minorities is so notorious and indisputable that its existence will be admitted without any need of evidence” (*Spence*, at para. 5).

[259] Les récusations péremptoires sont aussi essentielles à la constitution de jurys impartiaux, représentatifs et compétents.

(1) Impartialité

[260] Pendant des siècles, les tribunaux ont reconnu que les récusations péremptoires facilitaient la sélection d'un jury impartial. Les personnes accusées peuvent exercer leur droit de récusation péremptoire, et elles le font, afin d'exclure des candidats jurés qui sont biaisés contre elles. Bien qu'il existe d'autres mécanismes permettant d'empêcher la formation de jurys partiels, ces mécanismes ont été conçus pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires. À titre d'exemple, les tribunaux ont statué que les récusations péremptoires sont importantes, parce qu'elles permettent à l'accusé d'exclure un juré partiel, même lorsque la preuve de partialité pourrait ne pas être admissible ou que les motifs de l'accusé sont difficiles à formuler. L'abolition des récusations péremptoires laisse donc un vide dans la protection de l'accusé à l'encontre d'un jury partiel. Pour comprendre cet état de fait, nous devons examiner les autres protections applicables dans le cadre de la sélection des jurés.

[261] Le point de départ au Canada est que tous les candidats jurés sont présumés être impartiaux (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 21). Le caractère aléatoire de la sélection des jurés a traditionnellement été envisagé comme un rempart contre la partialité. Cependant, au cours des dernières années, « [l']administration de la justice a dû se rendre à l'évidence : préjugés raciaux et discrimination sont tenaces dans notre société et il faut s'y attaquer directement lors de la sélection des jurés » (*Spence*, par. 1). Lorsqu'une partie démontre une possibilité réaliste de partialité, le juge doit permettre de poser des questions limitées aux jurés pendant l'audition d'une demande de récusation motivée (*Sherratt*, p. 536). Dans le cas d'un accusé racisé, « [l]es tribunaux ont reconnu que le préjugé racial contre les minorités visibles est si notoire et incontestable que son existence sera admise sans preuve à l'appui » (*Spence*, par. 5).

[262] However, the challenge for cause regime was established to work alongside peremptory challenges. Challenges for cause rely upon overt manifestations of bias, introduced either through specific evidence or by a potential juror's answer to a single "yes" or "no" question (*Kokopenace*, at para. 85). For example, a common challenge for cause question is as follows: "The accused is a member of a visible minority. Would your ability to judge the evidence in this trial without bias, prejudice or partiality, be affected by the fact that the person charged is a member of a visible minority?" The weakness in this approach is readily apparent to anyone familiar with racial prejudice. In *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, McLachlin J. explained that racial prejudice "rests on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals. Buried deep in the human psyche, these preconceptions cannot be easily and effectively identified and set aside, even if one wishes to do so" (para. 21 (emphasis added)). A person holding deeply buried, unconscious beliefs (racial or otherwise) will not likely be able to identify those beliefs in a challenge for cause. In the words of my colleague Moldaver J., the challenge for cause process "does [not] have a significant impact on the jury selection process" (*Kokopenace*, at para. 85).

[263] Further, since such beliefs are buried deep in the human psyche and cannot be easily identified, it is unlikely that a juror holding them will benefit from instructions by the trial judge. As McLachlin J. observed in *Williams*, these biases are resistant to judicial instructions:

We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential

[262] Toutefois, le régime des récusations motivées a été établi pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires. Les récusations motivées sont fondées sur des manifestations évidentes de préjugés qui se présentent, soit par une preuve précise, soit par la réponse du candidat juré à une seule question à laquelle il doit répondre par « oui » ou par « non » (*Kokopenace*, par. 85). En guise d'exemple, une question couramment posée dans le cadre d'une demande de récusation motivée est formulée comme suit : « L'accusé fait partie d'une minorité visible. Le fait que la personne accusée soit membre d'une minorité visible vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans biais, préjugé ou partialité? » La faiblesse d'une telle approche est très évidente pour quiconque est familier avec la réalité des préjugés raciaux. Dans l'arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, la juge McLachlin a fait observer que les préjugés raciaux « reposent sur des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu'ils s'en rendent compte. Profondément enracinées dans la psyché humaine, ces idées préconçues ne peuvent pas être facilement et effectivement décelées et laissées de côté, même par la personne qui veut le faire » (par. 21 (je souligne)). Une personne dont les croyances (raciales ou autres) sont profondément enracinées dans son subconscient ne sera probablement pas en mesure de reconnaître ces croyances dans le cadre d'une récusation motivée. Pour emprunter les termes de mon collègue le juge Moldaver, la demande de récusation motivée « n'a pas [...] d'incidence importante sur le processus de sélection des jurés » (*Kokopenace*, par. 85).

[263] En outre, comme de telles croyances sont profondément enracinées dans la psyché humaine et ne peuvent pas être facilement décelées, il est peu probable que le juré qui les entretient tirera profit des directives données par le juge du procès. Comme la juge McLachlin l'a affirmé dans l'arrêt *Williams*, ces biais sont réfractaires aux directives judiciaires :

Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d'autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance

of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. [para. 22]

[264] Peremptory challenges, on the other hand, enable an accused to strike at these hidden, subtle and unconscious biases that challenges for cause miss. As a potential juror comes before them, an accused person is able to assess their partiality by applying the common sense they have developed through their own life experiences to determine whether the potential juror exhibits signs of prejudice against them. For accused persons who are racialized or marginalized persons, their experiences and thus assessments may be quite different from the trial judge's. This is confirmed by the evidence in this case. Mr. Chouhan called two experienced defence counsel to testify about their experience using peremptory challenges. Both witnesses testified that racialized persons are attuned to racist cues that others who have not experienced the same types of prejudice miss (A.R., vol. II, at p. 197). The Crown did not challenge this evidence.

[265] Unfortunately, an accused cannot rely on a judge to excuse or stand aside a potential juror who exhibits signs of bias against them, because accused persons often struggle to clearly articulate why they perceive bias in a juror (A.R., vol. II, at pp. 172-73). This is to be expected. Explaining one's assessment of another individual's character is very difficult, even for judges. This Court has acknowledged that "[i]t is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses", such that "[w]here findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at" (*R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 20; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 100; see also *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 49).

destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d'impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. [par. 22]

[264] Par ailleurs, les récusations péremptoires permettent à l'accusé de s'attaquer à ces biais cachés, subtils et inconscients qui échappent aux récusations motivées. Lorsqu'un candidat juré se présente devant l'accusé, ce dernier est en mesure d'évaluer sa partialité en faisant usage du bon sens qu'il a acquis au long de son expérience personnelle afin de déterminer si le candidat juré démontre des signes de préjugés à son encontre. Pour les personnes accusées qui sont racisées ou marginalisées, leurs expériences personnelles et, par le fait même, leurs évaluations peuvent être très différentes de celle du juge du procès. La preuve le confirme en l'espèce. Monsieur Chouhan a appelé deux avocats expérimentés de la défense à témoigner sur leur expérience relative aux récusations péremptoires. Selon les témoignages de ces deux avocats, les personnes racisées sont capables de détecter des indices de racisme qui échappent à d'autres personnes qui n'ont pas vécu des préjugés du même genre (d.a., vol. II, p. 197). La Couronne n'a pas contesté cette preuve.

[265] Malheureusement, l'accusé ne peut compter sur un juge pour dispenser ou mettre à l'écart un candidat juré qui démontre des signes de biais contre lui, parce que les accusés ont souvent du mal à formuler clairement les motifs pour lesquels ils ont le sentiment que le candidat juré a un biais (d.a., vol. II, p. 172-173). Cela est prévisible. Expliquer son appréciation du caractère d'une autre personne est une tâche très difficile, même pour les juges. La Cour a reconnu qu'« [i] est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins »; ainsi, « [i] faut reconnaître qu'il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l'origine de sa décision » (*R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 20; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 100; voir aussi *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 49).

[266] Therefore, it is clear that peremptory challenges are essential to have an impartial jury. The remaining mechanisms to protect against bias, particularly in the form of racial prejudice, are inadequate. Simply put, in order to remove people holding these hidden prejudices, an accused person needs peremptory challenges. The abolition of peremptory challenges therefore undermines the impartiality of juries and negatively affects racialized and other marginalized persons.

(a) *Proposed Modifications to Enhance Impartiality*

[267] My colleagues Moldaver and Brown JJ. make three recommendations to improve the impartiality of juries: altering challenges for cause, adding anti-bias instructions for jurors, and using stand asides to deal with partial jurors. The fact that my colleagues feel the need to create these new protections demonstrates my very point: the abolition of peremptory challenges leaves a void in accused persons' protections against partial juries.

[268] I also dispute my colleagues' suggestion that biased jurors who survive the challenge for cause process can be dealt with by a judge under the stand-by power (para. 70). Under the former s. 633 of the *Code*, judges were empowered to order jurors to stand by for reasons of personal hardship or any other reasonable cause. The *Amending Act* added a third ground — maintaining public confidence in the administration of justice.

[269] I do not agree with my colleagues that the stand-by provision is an appropriate way to deal with jurors who give rise to a reasonable apprehension of bias. A stand-by does not prevent a juror from serving on the jury. The juror is simply returned to the array, standing by to serve if the remaining potential jurors are exhausted. If a juror or group of jurors gives rise to a reasonable apprehension of bias, why would they be returned to the array? This is an

[266] En conséquence, il est évident que les récusations péremptoires sont essentielles pour constituer un jury impartial. Les autres mécanismes visant à protéger contre les biais, en particulier ceux qui prennent la forme de préjugés raciaux, sont inadéquats. Autrement dit, pour exclure des personnes qui ont de tels préjugés cachés, l'accusé a besoin de récusations péremptoires. L'abolition des récusations péremptoires mine donc l'impartialité des jurys et a une incidence néfaste sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées.

a) *Modifications proposées afin d'accroître l'impartialité*

[267] Mes collègues les juges Moldaver et Brown formulent trois recommandations pour améliorer l'impartialité des jurys : modifier les récusations motivées, ajouter des directives mettant en garde les jurés contre les biais et recourir à la mise à l'écart dans le cas des jurés partiaux. Le fait que mes collègues ressentent le besoin de créer ces nouvelles protections démontre ce que j'avance : l'abolition des récusations péremptoires laisse un vide dans les protections des personnes accusées contre les jurys partiaux.

[268] Je suis en désaccord avec la thèse de mes collègues voulant que les jurés biaisés qui résistent au processus de récusation motivée peuvent être neutralisés par le juge au moyen de son pouvoir de mise à l'écart (par. 70). En vertu de l'ancien art. 633 du *Code*, les juges avaient le pouvoir d'ordonner que les jurés se tiennent à l'écart pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux. La *Loi modificatrice* a ajouté un troisième motif — le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice.

[269] Je suis aussi en désaccord avec mes collègues selon qui la disposition de mise à l'écart est un moyen adéquat de neutraliser les jurés à l'égard desquels il existe une crainte raisonnable de partialité. Une mise à l'écart n'empêche pas un juré de faire partie du jury. Le juré est simplement renvoyé au tableau des jurés et tenu à l'écart au cas où la liste des candidats jurés serait épuisée et qu'il serait appelé à servir comme juré. Si un juré ou un groupe de jurés



unacceptable risk and in direct contrast with how the *Code* deals with biased jurors. Section 632 deals with biased jurors, such as those who have a personal interest in the case or who are related to the parties or other participants in the trial. It empowers judges to excuse jurors, wholly removing the possibility that they will serve on the petit jury. Parliament's deliberate choice to amend s. 633 rather than s. 632 indicates that it did not intend s. 633 to deal with biased jurors.

## (2) Representativeness

[270] In order for the jury to serve as the conscience of the community and promote public trust in the justice system, it must be representative (*Kokopenace*, at para. 56). This means that it should be a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*Sherratt*, at p. 524).

[271] In *Kokopenace*, my colleague Moldaver J. discussed the minimum level of representativeness that is necessary to meet the requirements of ss. 11(d) and 11(f). He recognized that the benefit of trial by jury requires that representativeness play a broader role under s. 11(f) than under s. 11(d) (*Kokopenace*, at para. 55). But even under s. 11(f), the state satisfies its constitutional obligation of representativeness by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process (paras. 2 and 61). The constitutional minimum standard of representativeness thus focuses on the process used to compile the jury roll, not on the ultimate composition of the jury roll or the petit jury (paras. 2 and 59).

[272] Although the processes established in compliance with *Kokopenace* aim to deliver a representative jury, they are not results-focused and do not guarantee that a jury roll's composition will be in any way proportionate to that of the general

donne lieu à une crainte raisonnable de partialité, pourquoi est-il renvoyé au tableau des jurés? Il s'agit d'un risque inacceptable qui est en contradiction flagrante avec la manière dont le *Code* traite les jurés qui sont biaisés. L'article 632 vise les jurés biaisés, tels que ceux qui ont un intérêt personnel dans l'affaire à être jugée ou qui ont des liens avec les parties ou d'autres participants au procès. Il confère aux juges le pouvoir de dispenser les jurés, leur retirant totalement la possibilité de faire partie du petit jury. Le choix délibéré du Parlement de modifier l'art. 633 plutôt que l'art. 632 révèle que son intention n'était pas que l'art. 633 puisse être utilisé pour traiter des jurés biaisés.

## (2) Représentativité

[270] Pour pouvoir agir à titre de conscience de la collectivité et promouvoir la confiance du public envers le système de justice, le jury doit être représentatif (*Kokopenace*, par. 56). Cela signifie qu'il devrait être un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[271] Dans l'arrêt *Kokopenace*, mon collègue le juge Moldaver a discuté du degré minimal de représentativité qui est nécessaire pour satisfaire aux exigences des al. 11d) et 11f). Il a reconnu que le bénéfice d'un procès avec jury exige que la représentativité joue un rôle plus important dans l'application de l'al. 11f) que dans celle de l'al. 11d) (*Kokopenace*, par. 55). Cependant, même dans l'application de l'al. 11f), l'État s'acquitte de son obligation constitutionnelle de représentativité en offrant une possibilité réelle à un échantillon représentatif de la société de participer au processus de sélection des jurés (par. 2 et 61). La norme constitutionnelle minimale de représentativité est donc axée sur le caractère adéquat du processus de constitution de la liste des jurés et non pas sur la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury (par. 2 et 59).

[272] Bien que la procédure établie en conformité avec l'arrêt *Kokopenace* vise à obtenir un jury représentatif, elle n'est pas axée sur les résultats et ne garantit pas que la liste de jurés aura une composition précise qui représente proportionnellement

population (para. 39). In practice, this leads to jury rolls that are under-representative of racialized and other marginalized persons. There are several reasons for this. First, some marginalized groups are under-represented on the lists from which provincial governments draw jury rolls. For instance, selecting names primarily from municipal assessment rolls excludes many Indigenous persons (Hon. F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (“Iacobucci Report”), generally and at para. 150; 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* (1991), at pp. 377-87). Second, persons convicted of certain offences are prevented from serving on a jury under the various provincial statutes and the *Code* (s. 638(1)(c)). A disproportionate number of Black and Indigenous persons are in custody or possess criminal records (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 61; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83; *R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3, at para. 79; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at para. 26). Third, the jury statutes and the *Code* similarly prevent non-Canadian citizens from serving as jurors (s. 638(1)(d)). Permanent residents are disproportionately members of marginalized groups. Fourth, some marginalized persons may be prevented from serving because they do not speak the official language of the accused (*Code*, s. 638(1)(f)). Other marginalized persons may fail to respond to jury notices because they view the Canadian justice system with suspicion. 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 persons living in remote areas and low-income individuals (*Kokopenace*, at para. 44).

la population en général (par. 39). En pratique, cela mène à des listes de jurés dans lesquelles les personnes racisées et les autres personnes marginalisées sont sous-représentées. Plusieurs raisons expliquent cet état de fait. Premièrement, certains groupes marginalisés sont sous-représentés dans les listes à partir desquelles les gouvernements provinciaux composent les tableaux des jurés. À titre d'exemple, la sélection de noms qui se fait principalement à partir des rôles d'évaluation municipale exclut de nombreuses personnes autochtones (l'hon. F. Iacobucci, *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 »), en général et au par. 150; 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* (1991), p. 377-387). Deuxièmement, les personnes déclarées coupables d'avoir commis certaines infractions ne peuvent pas faire partie d'un jury, et cela, en application de diverses lois provinciales et du *Code* (al. 638(1)c)). Un nombre disproportionné de Noirs et d'Autochtones sont en détention ou ont des casiers judiciaires (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 61; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83; *R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3, par. 79; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, par. 26). Troisièmement, les lois sur les jurys et le *Code* interdisent de manière semblable à quiconque n'est pas citoyen canadien de faire partie d'un jury (al. 638(1)d)). Un nombre disproportionné de résidents permanents sont membres de groupes marginalisés. Quatrièmement, certaines personnes marginalisées peuvent être empêchées de remplir les fonctions de jurés, parce qu'elles ne parlent pas la langue officielle de l'accusé (*Code*, al. 638(1)f)). D'autres personnes marginalisées peuvent s'abstenir de répondre aux avis de convocation du jury, parce qu'elles perçoivent le système canadien de justice comme suspect. 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. Il en résulte en général l'exclusion des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu (*Kokopenace*, par. 44).

[273] While I accept that *Kokopenace* set the constitutional minimum required for representativeness, it did not exhaustively define representativeness. The core of representativeness remains a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (para. 39, citing *Sherratt*, at p. 524). The in-court selection processes can enhance representativeness and thus further the benefit of trial by jury, especially where the randomized jury roll has failed to result in an array that truly represents the diversity of the area.

[274] In *Sherratt*, this Court confirmed the ability of peremptory challenges to further representativeness: “Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused” (pp. 532-33). The uncontested evidence before the trial judge in the present case indicated that peremptory challenges were used by racialized persons to attempt to empanel more diverse juries (Bayliss Affidavit, at paras. 4 and 15-19; O’Connor Affidavit, at paras. 9-15; A.R., Supp., at pp. 15, 20-21, 35, 41-42 and 45-46). The abolition of peremptory challenges therefore removes a tool often used by racialized and other marginalized persons to improve the representativeness of juries, in support of at least two elements of the benefit of trial by jury: the jury’s role as the conscience of the community and public trust in the justice system.

### (3) Competence

[275] Peremptory challenges are also critical to ensuring that a jury is competent. Without peremptory challenges, the only specific procedure in the *Code* related to juror competence is to challenge for cause on the ground that a juror does not speak the same official language as the accused. This is inadequate, as competence extends far beyond the ability of jurors to speak the same official language as the accused: “they should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the

[273] Bien que j’accepte que l’arrêt *Kokopenace* établit les normes constitutionnelles minimales requises pour atteindre la représentativité, il n’a pas défini la représentativité de manière exhaustive. L’essence de la représentativité demeure un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (par. 39, citant *Sherratt*, p. 524). La procédure de sélection pendant l’instance peut accroître la représentativité et ainsi favoriser le bénéfice d’un procès avec jury, en particulier lorsque la liste aléatoire des jurés n’a pas permis d’obtenir un tableau des jurés représentant véritablement la diversité de la région.

[274] Dans l’arrêt *Sherratt*, la Cour a confirmé que les récusations péremptoires pouvaient améliorer la représentativité : « Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d’un jury, ce qui dépend à la fois de l’accusé et de la nature de la collectivité » (p. 533). La preuve non contestée dont disposait le juge du procès dans la présente affaire indiquait que les récusations péremptoires étaient utilisées par des personnes racisées pour tenter de constituer des jurys plus diversifiés (affidavit Bayliss, par. 4 et 15-19; affidavit O’Connor, par. 9-15; d.a., suppl., p. 15, 20-21, 35, 41-42 et 45-46). L’abolition des récusations péremptoires retire donc un outil souvent utilisé par les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées afin d’améliorer la représentativité des jurys, en appui à au moins deux éléments du bénéfice d’un procès avec jury : le rôle du jury en tant que conscience de la collectivité et la confiance du public envers le système de justice.

### (3) Compétence

[275] Les récusations péremptoires sont aussi cruciales pour faire en sorte que le jury soit compétent. Hormis les récusations péremptoires, la seule procédure précise établie dans le *Code* visant la compétence du juré est la récusation motivée fondée sur le fait qu’un juré ne parle pas la même langue officielle que l’accusé. Cela n’est pas suffisant, car la compétence des jurés va bien au-delà de leur aptitude à parler la même langue officielle que l’accusé : ils « doivent [. . .] encore être en mesure de comprendre,

principles they have to apply, among other things” (*Bain*, at p. 114).

[276] On the surface, competence in relation to understanding the evidence means that a juror must have the willingness and capacity to understand it. Problems of capacity may arise in cases involving voluminous or complex evidence, such as financial, medical or scientific evidence. However, in the context of the benefit of trial by jury, there is another source of inability to understand evidence: life experience. A juror whose “experience of life has not embraced the area of the dispute” is likely to have a “blind spot of which he is quite unconscious” and which “may prevent him from getting the point of testimony or argument” (L. L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication” (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353, at p. 391).

[277] This second source of incompetence has detrimental effects on the benefit of trial by jury. The benefit of trial by jury is partly a product of the jury applying common sense, and common sense itself is the product of personal experience (Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials* (1983), ch. 2, section C). If a jury is composed entirely of members whose life experiences are fundamentally different from those of the accused, then the jury may not have the common sense necessary to be a superior fact finder. Recall that the jury’s superior fact-finding ability comes from the diversity of its collective experience. Since assessments of evidence and especially credibility are based almost entirely on our own experiences interacting with people, jurors who have never interacted with people like the accused or the accused’s witnesses will be poor judges of credibility. Similarly, if a jury is unable to empathize with the accused, then the possibility of jury equity is equally lost.

entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu’ils doivent appliquer » (*Bain*, p. 114).

[276] En apparence, la compétence nécessaire à la compréhension de la preuve signifie qu’un juré doit avoir la volonté et l’aptitude de la comprendre. Les problèmes d’aptitude peuvent survenir dans des affaires où la preuve est volumineuse ou complexe, à l’instar de la preuve financière, médicale ou scientifique. Toutefois, dans le contexte du bénéfice d’un procès avec jury, il y a une autre source d’inaptitude à comprendre la preuve : l’expérience personnelle. Un juré dont [TRADUCTION] « l’expérience personnelle n’inclut pas le domaine sur lequel porte le litige » aura probablement un « angle mort dont il n’est véritablement pas conscient » et qui « peut l’empêcher de comprendre l’élément essentiel d’un témoignage ou d’un argument » (L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353, p. 391).

[277] Cette deuxième source d’incompétence a des effets dévastateurs sur le bénéfice d’un procès avec jury. Ce bénéfice découle en partie d’un jury qui fait preuve de bon sens et le bon sens lui-même découle de l’expérience personnelle (Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials* (1983), ch. 2, section C). Si un jury est entièrement composé de personnes dont les expériences personnelles sont fondamentalement différentes de celles de l’accusé, alors le jury pourrait ne pas posséder le bon sens qui lui est nécessaire pour atteindre le niveau de supériorité à titre de juge des faits qui est attendu de lui. Souvenons-nous que l’aptitude du jury à être un juge des faits de qualité supérieure découle de la diversité des expériences collectives qu’il regroupe. Comme l’appréciation de la preuve, et en particulier l’appréciation de la crédibilité, sont fondées presque entièrement sur nos propres expériences d’interaction avec les autres, les jurés qui n’ont jamais eu d’interaction avec des personnes qui ressemblent à l’accusé ou à ses témoins seront de piètres juges de la crédibilité. Pareillement, si un jury n’est pas en mesure de faire preuve d’empathie à l’endroit de l’accusé, la possibilité que le jury soit équitable est alors également une illusion.

[278] This is not a novel idea. This Court has already recognized the importance of having jurors who share the experiences of the accused. In *Stillman*, a majority of this Court recognized the importance of a separate military justice system, not only for military-specific offences, but even where the underlying offence is an ordinary civil offence contained in the *Criminal Code*. Trial by a panel of five other military members — rather than a jury of twelve civilians — fosters morale by ensuring that the accused’s guilt “will be assessed by those whose familiarity with the challenges and circumstances of military life is the product of personal experience” (para. 70, citing J. Walker, “A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366, at p. 372).

[279] Just as the members of military panels bring military experience and the values of the military community to their decisions, jurors bring their own life experience and community values to their decisions. Only accused persons know what evidence they will call and what experiences may be necessary to fully appreciate that evidence. Peremptory challenges are the only tool available to accused persons to address these issues of competence.

### C. Conclusion on Section 11(f)

[280] As the previous sections demonstrated, the abolition of peremptory challenges negatively affects the core jury characteristics of impartiality, representativeness and competence. The ultimate question is whether these effects are so significant as to deprive Mr. Chouhan of the benefit of trial by jury. I am of the view that they are.

[281] The evidence in Mr. Chouhan’s case was entirely circumstantial and dependent upon witness testimony, including the testimony of Mr. Chouhan himself. It is in the analysis of such evidence that the benefits of the jury’s superior fact-finding ability and

[278] Cette idée n’est pas nouvelle. La Cour a déjà reconnu qu’il importe que les jurés aient vécu des expériences communes à celles de l’accusé. Dans l’arrêt *Stillman*, les juges majoritaires de la Cour ont reconnu qu’il est important qu’un système distinct de justice militaire existe, non seulement pour statuer sur des infractions de nature militaire, mais même lorsque l’infraction sous-jacente est une infraction civile ordinaire prévue au *Code criminel*. Le procès entendu par une formation de cinq autres militaires — plutôt qu’un jury de douze personnes civiles — favorise le moral des troupes en s’assurant que la culpabilité de l’accusé [TRADUCTION] « sera évaluée par ceux qui connaissent bien les difficultés et les circonstances liées à la vie militaire en raison de leur expérience personnelle » (par. 70, citant J. Walker, « A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366, p. 372).

[279] Tout comme les membres des tribunaux militaires apportent l’expérience et les valeurs de la communauté militaire à leurs décisions, les jurés apportent leurs expériences personnelles et les valeurs de la collectivité à leurs décisions. Seules les personnes accusées savent quelle preuve elles présenteront et quelles expériences peuvent être nécessaires pour véritablement apprécier cette preuve. Les récusations péremptoires sont le seul outil dont disposent les personnes accusées pour répondre à ces préoccupations liées à la compétence.

### C. Conclusion sur l’alinéa 11f)

[280] Comme cela ressort des sections précédentes, l’abolition des récusations péremptoires a des incidences néfastes sur les caractéristiques essentielles du jury que sont l’impartialité, la représentativité et la compétence. La question fondamentale est de savoir si ces incidences sont importantes au point de priver M. Chouhan du bénéfice d’un procès avec jury. Je suis d’avis qu’elles le sont.

[281] Dans la cause de M. Chouhan, la preuve était entièrement circonstancielle et tributaire de témoignages, y compris le témoignage de M. Chouhan lui-même. C’est dans l’appréciation d’une telle preuve que l’avantage du jury d’être un juge des faits de

role as the conscience of the community are essential. A jury composed of jurors whose life experiences were totally divorced from those of Mr. Chouhan could not be said to deliver these benefits.

[282] It has been said that “[a] jury that may do for a particular defendant in a particular case may be unsuitable for a different defendant in a different case” (J. J. Gobert, “The Peremptory Challenge — an Obituary” (1989), *Crim. L. Rev.* 528, at p. 533). Mr. Chouhan needed an opportunity to empanel a jury capable of providing him with the benefit of trial by jury. Without peremptory challenges, there was a significantly increased risk that his jury would contain biased jurors. Similarly, he was unable to remove jurors who were not competent to assess the specific evidence he presented. Peremptory challenges could have furthered the diversity of the jury as well.

[283] When combined, the eroded protections of impartiality, representativeness and competence were not enough to provide Mr. Chouhan with the benefit of trial by jury because they rendered the elements of the benefit uncertain. A jury trial cannot be considered a benefit when the benefit is uncertain.

[284] Before assessing whether this limit can be justified, I note that many of the same considerations apply to s. 11(d). Section 11(d) guarantees an accused the right to a fair trial by an impartial tribunal. The same concerns that animate the impartiality problems under s. 11(f) also apply to s. 11(d). And while I will discuss s. 11(d) further in the section on the temporal application of s. 269 of the *Amending Act*, I do not wish to be taken as deciding this case under s. 11(f) because s. 11(d) is not applicable. It very well may be applicable.

qualité supérieure et un décideur représentant la conscience de la collectivité sont essentiels. Un jury composé de jurés dont les expériences personnelles sont radicalement différentes de l’expérience de M. Chouhan ne peut prétendre procurer ces avantages.

[282] Il a été dit qu’un [TRADUCTION] « jury qui peut convenir à tel défendeur dans une cause donnée ne conviendrait pas forcément à un défendeur différent dans une autre cause » (J. J. Gobert, « The Peremptory Challenge — an Obituary » (1989), *Crim. L. Rev.* 528, p. 533). Monsieur Chouhan devait se voir accorder l’occasion de constituer un jury apte à lui permettre de bénéficier d’un procès avec jury. Sans récusation péremptoire, le risque était nettement plus élevé que son jury soit constitué de jurés biaisés. De manière semblable, M. Chouhan n’a pas été en mesure d’exclure des jurés qui n’étaient pas compétents pour apprécier la preuve qu’il a spécifiquement présentée. Les récusations péremptoires auraient pu contribuer, elles aussi, à constituer un jury diversifié.

[283] Considérées ensemble, les protections érodées d’impartialité, de représentativité et de compétence n’étaient pas suffisantes pour permettre d’offrir à M. Chouhan le bénéfice d’un procès avec jury, parce qu’elles ont rendu les éléments du bénéfice incertains. Un procès avec jury ne peut être considéré comme un bénéfice si ledit bénéfice est incertain.

[284] Avant d’examiner si une telle limite peut être justifiée, j’observe que bon nombre des mêmes considérations s’appliquent à l’al. 11d). Celui-ci garantit à l’accusé le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial. Les mêmes préoccupations qui animent les questions d’impartialité au regard de l’al. 11f) valent aussi pour l’al. 11d). Qui plus est, même si j’en dis davantage sur l’al. 11d) ci-dessous, dans la section relative à l’application temporelle de l’art. 269 de la *Loi modificatrice*, loin de moi l’idée de vouloir statuer sur la présente affaire au titre de l’al. 11f), au motif que l’al. 11d) n’est pas applicable. Il se pourrait fort bien qu’il soit applicable.

IV. Section 1 of the Charter

[285] Section 1 of the *Charter* provides:

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

[286] In order to determine whether this limit on s. 11(f) constitutes a *Charter* infringement, I must determine whether it may be justified as a reasonable limit prescribed by law. The impugned provision of the *Amending Act* is clearly prescribed by law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135). In order for it to constitute a reasonable limit that is demonstrably justified in a free democratic society, Parliament must have been pursuing a pressing and substantial objective, the means chosen to implement that objective must be rationally connected to it and must minimally impair the *Charter* right, and there must be proportionality between the effects of the measure and the objective identified at the first step (p. 139).

[287] From the debates surrounding the *Amending Act*, it is clear that Parliament's objective in abolishing peremptory challenges was to reduce discrimination and increase diversity on juries. When introducing the bill, the Minister of Justice spoke of these concerns:

Peremptory challenges give the accused and the crown the ability to exclude jurors without providing a reason. In practice, this can and has led to their use in a discriminatory manner to ensure a jury of a particular composition.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

At third reading, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice referred to similar objectives:

IV. Article premier de la Charte

[285] L'article premier de la *Charte* dispose :

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

[286] Pour déterminer si cette limite à l'application de l'al. 11f) constitue une contravention à la *Charte*, je dois décider si elle peut être justifiée en tant que limite raisonnable imposée par une règle de droit. La disposition contestée de la *Loi modificatrice* est manifestement imposée par une règle de droit (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135). Pour qu'elle soit considérée comme une limite raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le Parlement doit avoir poursuivi un objectif urgent et réel, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, l'atteinte au droit garanti par la *Charte* doit être minimale et les effets de la mesure restrictive doivent être proportionnés à l'objectif défini à la première étape (p. 139).

[287] Il ressort clairement des débats entourant la *Loi modificatrice* que lorsque le Parlement a aboli les récusations péremptoires, son objectif était de réduire la discrimination et d'accroître la diversité des jurys. Lors de la présentation du projet de loi, la ministre de la Justice abordait ainsi ces préoccupations :

Les récusations péremptoires donnent au prévenu et à la Couronne la capacité d'exclure un juré sans avoir à se justifier. Dans la pratique, cela peut être utilisé de façon discriminatoire afin d'en arriver à une composition particulière du jury, et cela s'est fait.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19605)

En troisième lecture, le Secrétaire parlementaire de la ministre de la Justice évoquait des objectifs semblables :

The under-representation of indigenous peoples and visible minorities on juries is a major concern. This problem has been well-documented for years. We believe that eliminating peremptory challenges will significantly improve the diversity of juries.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, at p. 24108)

[288] Reducing discrimination and empanelling more diverse juries represents a pressing and substantial objective. However, the means chosen — abolishing peremptory challenges — is not rationally connected to this objective. Removing peremptory challenges altogether has the effect of preventing any possible discrimination against potential jurors. However, it also has the effect of furthering discrimination against racialized and other marginalized persons, and potentially reducing jury diversity. The evidence before the trial judge indicated that peremptory challenges are used by racialized and other marginalized persons to attempt to empanel more diverse juries (Bayliss Affidavit, at paras. 4 and 15-19; O’Connor Affidavit, at paras. 9-15; trial transcripts, A.R., Supp., at pp. 15, 20-21, 35, 41-42 and 45-46).

[289] In *R. v. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618, Goodman J. found the abolition of peremptory challenges overbroad (para. 232). For similar reasons, the abolition of peremptory challenges is not minimally impairing of the right to the benefit of trial by jury. The most obvious alternative was to empower judges to regulate the use of peremptory challenges and ensure that they are not used in a discriminatory way. The interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers point out that one possible approach to regulating the use of peremptory challenges was raised in the Iacobucci Report (Recommendation 15, at p. 106). That approach originated in *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), where the Supreme Court of the United States established that a party only needs to raise a *prima facie* case that the other is using a peremptory challenge for a discriminatory

La sous-représentation au sein des jurys, en particulier des peuples autochtones et des minorités visibles, est une préoccupation majeure. Ce problème est bien documenté depuis des années. Nous pensons qu’abolir les récusations péremptoires aura un effet significatif sur l’amélioration de la diversité au sein des jurys.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 28 novembre 2018, p. 24108)

[288] La réduction de la discrimination et la constitution de jurys plus diversifiés constituent un objectif urgent et réel. Toutefois, le moyen choisi — l’abolition des récusations péremptoires — n’a pas de lien rationnel avec cet objectif. La suppression pure et simple des récusations péremptoires a pour effet d’empêcher toute discrimination possible à l’égard de candidats jurés. Cependant, elle a aussi pour effet de perpétuer la discrimination envers les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées et possiblement de diminuer la diversité des jurys. La preuve dont disposait le juge du procès démontrait que les récusations péremptoires sont utilisées par les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées pour tenter de constituer des jurys plus diversifiés (affidavit Bayliss, par. 4 et 15-19; affidavit O’Connor, par. 9-15; transcriptions du procès, d.a., suppl., p. 15, 20-21, 35, 41-42 et 45-46).

[289] Dans la décision *R. c. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618, le juge Goodman a conclu que l’abolition des récusations péremptoires avait une portée trop large (par. 232). Pour des raisons semblables, l’abolition des récusations péremptoires ne constitue pas une atteinte minimale au droit de bénéficier d’un procès avec jury. La solution de rechange la plus manifeste était de conférer aux juges le pouvoir d’encadrer le recours aux récusations péremptoires et de veiller à ce qu’elles ne soient pas utilisées de manière discriminatoire. Les intervenantes l’Association canadienne des avocats musulmans et la Federation of Asian Canadian Lawyers font observer que l’une des approches possibles pour encadrer le recours aux récusations péremptoires a été évoquée dans le Rapport Iacobucci (Recommendation 15, p. 106). Cette approche a pour origine l’arrêt *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), où la Cour suprême



purpose. If they do, then the party exercising the challenge has the burden of demonstrating that they were not doing so for a discriminatory purpose. If the party is unable to justify their challenge, then the judge may seat the struck juror.

[290] The *Batson* approach is just one of many possible approaches to limiting the discriminatory uses of peremptory challenges. Courts in Canada have also discussed limits on the exercise of peremptory challenges to ensure that they are not exercised in a discriminatory manner (*R. v. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Gayle*). There are also many other ways that Parliament could further diversity on juries. It is well documented that the problems of exclusion of racialized and other marginalized persons happen throughout all stages of empanelling a jury. Parliament could have altered the *Code's* juror qualifications or grounds of challenge for cause. It could also have modified the challenge for cause process to create a meaningful system for identifying biased jurors, such as allowing more extensive questioning or questionnaires.

[291] Given that peremptory challenges provide a great benefit to many accused persons and that their elimination perpetuates discrimination against racialized and other marginalized persons, the deleterious effects outweigh the salutary effects of the legislation.

[292] Since the abolition of peremptory challenges limits s. 11(f) and is not a reasonable limit prescribed by law, s. 269 of the *Amending Act* should be struck down to the extent that it repeals s. 634 of the *Code*.

des États-Unis a établi qu'il suffit qu'une partie souleve une cause *prima facie* selon laquelle l'autre partie a recours à la récusation péremptoire dans un dessein discriminatoire. Si c'est le cas, il incombe alors à la partie qui exerce son droit à la récusation de démontrer qu'elle n'a pas eu recours à la récusation dans un dessein discriminatoire. Si cette partie ne réussit pas à justifier sa récusation, le juge peut alors ordonner que le juré qui fait l'objet de la récusation fasse partie du jury.

[290] L'approche *Batson* n'est que l'une des nombreuses méthodes possibles permettant de limiter les recours discriminatoires aux récusations péremptoires. Les tribunaux canadiens ont, eux aussi, débattu des limites à établir pour les recours aux récusations péremptoires, afin de s'assurer qu'elles ne puissent être exercées de manière discriminatoire (*R. c. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Gayle*). Il existe également de nombreuses autres avenues que le Parlement pouvait emprunter pour favoriser la diversité des jurys. Il est bien établi que les problèmes d'exclusion des personnes racisées et d'autres personnes marginalisées surviennent tout au long des étapes de la constitution d'un jury. Le Parlement aurait pu modifier les critères de qualification établis par le *Code* pour être juré ou encore les motifs de récusation motivée. Il aurait aussi pu modifier le processus de récusations motivées pour créer un système significatif permettant de repérer les jurés biaisés, par exemple, en permettant des interrogatoires ou questionnaires plus approfondis.

[291] Étant donné que les récusations péremptoires offrent un grand avantage à de nombreuses personnes accusées et que leur élimination perpétue la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées, les effets néfastes de la loi l'emportent sur ses effets bénéfiques.

[292] Puisque l'abolition des récusations péremptoires restreint le droit garanti à l'al. 11f) et qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit, l'art. 269 de la *Loi modificatrice* devrait être invalidé dans la mesure où il abroge l'art. 634 du *Code*.

## V. Temporal Application

[293] Had I not found that s. 269 of the *Amending Act* should be struck down in part, I would have found that it should not have been applied to Mr. Chouhan's trial. Indeed, I agree with my colleague Abella J. that the abolition of preemptory challenges affects the accused's substantive rights and can apply only prospectively.

[294] The *Amending Act* contains no transitional provision setting out Parliament's intention as to whether s. 269 should apply to criminal prosecutions pending in the system. There is an ancient canon of construction — expressed in the maxims *lex prospicit non respicit* and *nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis* — whereby courts presume that legislation will have only prospective effect (*Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes* (1797), at p. 292; *L'Office Cherifien des Phosphates v. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486 (H.L.), at p. 494; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paras. 43-45). This canon does not apply to changes to legislation that are purely procedural. Purely procedural changes are presumed to apply retrospectively. In order to qualify as purely procedural, a change cannot affect a substantive right: “New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively” (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10; see also *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at p. 265). Similar language is used in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21:

**43** Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

## V. Application temporelle

[293] Si je n'avais pas conclu que l'art. 269 de la *Loi modificatrice* devait être invalidé en partie, j'aurais conclu qu'il n'aurait pas dû être appliqué au procès de M. Chouhan. En effet, je partage l'opinion de ma collègue la juge Abella selon laquelle l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte aux droits substantiels de l'accusé et ne peut s'appliquer que prospectivement.

[294] La *Loi modificatrice* ne contient aucune disposition transitoire établissant l'intention du Parlement quant à savoir si l'art. 269 devrait s'appliquer aux poursuites criminelles en cours. Il existe une règle ancienne d'interprétation — exprimée dans les locutions latines *lex prospicit non respicit* et *nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis* — selon laquelle les tribunaux présument que les mesures législatives ont uniquement des effets prospectifs (*Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes* (1797), p. 292; *L'Office Cherifien des Phosphates c. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486 (H.L.), p. 494; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 43-45). Cette règle ne s'applique pas aux changements législatifs qui sont de nature purement procédurale. Ces derniers sont présumés s'appliquer rétrospectivement. Pour qu'un changement soit considéré comme étant purement procédural, il ne doit pas porter atteinte à un droit substantiel : « Une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à [des droits acquis ou substantiels] est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement » (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10; voir aussi *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 265). Un libellé semblable est utilisé dans la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21 :

**43** L'abrogation, en tout ou en partie, n'a pas pour conséquence :

...  
 (c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed.

[295] The abolition of peremptory challenges will apply only prospectively if the right to peremptory challenges is a substantive right or if the abolition of peremptory challenges affects a substantive right.

(1) Is the Right to Peremptory Challenges a Substantive Right?

[296] The respondent argues that the right to peremptory challenges is itself a substantive right (R.F., at para. 78). Some judges have agreed with this position (*R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266, at para. 46 (CanLII); *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49, at para. 44; *R. v. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1, at paras. 109-10). In the words of Saunders J.:

The peremptory challenges provisions of the Code are procedural, in the sense that they prescribe a method to be followed to secure an accused their Charter right to a jury trial. But the right to peremptory challenges itself has been so fundamental to Canadian criminal law, and is so deeply entrenched, that it must be regarded, standing on its own, as a substantive right.

(*Subramaniam*, at para. 44)

[297] I agree with Saunders J. that although peremptory challenges may be procedural in form, this does not mean that they are procedural for the purpose of determining the temporal application of the amendments. A court must consider the function and effect of peremptory challenges, not merely their form (*Dineley*, at para. 55). In my view, this must be done in light of the principles underlying the courts' reluctance to interpret provisions as applying retrospectively. In *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at paras. 23-25, Justice Karakatsanis explained these principles:

...  
 e) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé.

[295] L'abolition des récusations péremptoires ne s'appliquera que prospectivement si le droit à ces récusations constitue un droit substantiel ou si elle porte atteinte à un droit substantiel.

(1) Le droit à des récusations péremptoires constitue-t-il un droit substantiel?

[296] L'intimé fait valoir que le droit d'exercer des récusations péremptoires est en soi un droit substantiel (m.i., par. 78). Certains juges ont souscrit à cette thèse (*R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266, par. 46 (CanLII); *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49, par. 44; *R. c. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1, par. 109-110). Comme l'affirme le juge Saunders :

[TRADUCTION] Les dispositions du Code relatives aux récusations péremptoires sont de nature procédurale, en ce sens qu'elles énoncent la méthode à suivre pour garantir à un accusé son droit à un procès avec jury, un droit garanti par la Charte. Cependant, le droit d'exercer des récusations péremptoires est en soi si fondamental en droit criminel canadien, et si profondément enraciné, qu'il doit être considéré — pris isolément — comme un droit substantiel.

(*Subramaniam*, par. 44)

[297] Je suis d'accord avec le juge Saunders lorsqu'il affirme que même si les récusations péremptoires peuvent être procédurales en raison de leur forme, cela ne signifie pas qu'elles sont procédurales lorsqu'il s'agit de déterminer l'application temporelle des modifications. Un tribunal doit analyser la fonction et l'effet des récusations péremptoires, et non pas simplement leur forme (*Dineley*, par 55). À mon avis, cela doit être fait à la lumière des principes qui sous-tendent la réticence des tribunaux à interpréter les dispositions législatives de sorte qu'elles s'appliquent rétroactivement. Dans l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 23-25, la juge Karakatsanis a expliqué ces principes :

This constitutional aversion to retrospective criminal laws is in part motivated by the desire to safeguard the rule of law. As Lord Diplock put it, “acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it” (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). . . .

Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, “since it puts them under the threat of retrospective change” (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39).

Relatedly, retrospective laws implicate fairness. “It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754).

[298] The doctrine of legitimate expectations demonstrates that these principles can be engaged by rules that are procedural in form. These principles have animated the doctrine of legitimate expectations to protect expectations created by a government official’s representations that a particular administrative procedure will be followed (*Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at para. 68; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paras. 22-38; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at pp. 1203-4; D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 7:1720).

[299] In contrast, the justifications proffered by courts for excluding purely procedural legislation from the presumption against retrospectivity are that there is no vested right in procedure and that procedural changes benefit all (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2

Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638) [ . . . ]

La disposition d’application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l’intégrité des dispositions actuellement en vigueur [TRADUCTION] « parce qu’elle expose ces dernières au risque d’une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).

Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 754).

[298] La doctrine des attentes légitimes démontre que ces principes peuvent être engagés par des règles qui sont procédurales de par leur forme. Ces principes ont nourri la doctrine des attentes légitimes afin de protéger les attentes créées par les affirmations d’un représentant de l’État qui auraient suscité chez un administré des attentes légitimes concernant la tenue d’un processus administratif précis (*Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, par. 68; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, par. 22-38; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, p. 1203-1204; D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 7:1720).

[299] En revanche, les explications offertes par les tribunaux pour justifier l’exclusion de mesures législatives purement procédurales de la présomption à l’encontre de la rétroactivité sont fondées sur le fait qu’il n’y a pas de droit acquis en matière de procédure et que les modifications de nature

S.C.R. 248, at para. 62). In the words of Mellish L.J. in *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), at p. 69, “[n]o suitor has any vested interest in the course of procedure, nor any right to complain if during the litigation the procedure is changed, provided, of course, that no injustice is done” (cited in *Dineley*, at para. 54). It is the last part of this statement that the majority overlook. Purely procedural legislation is excluded from the presumption against retrospectivity because courts assume that changes to procedures do not cause the same level of unfairness as changes to substantive rights.

[300] It is quite paradoxical for my colleagues to acknowledge that peremptory challenges are important to the accused but then say that this does not affect their classification as procedural or substantive: “[P]rocedural rights are often no less important than substantive rights from the perspective of the accused person” (para. 98). The principle that procedural changes are presumed to apply retrospectively is premised on the idea that purely procedural changes tend to have neutral or positive effects. The presumption that substantive changes should apply prospectively is premised on the idea that changing substantive rules is unfair, “especially if the change results in negative consequences”. My colleagues’ strict definition of substantive changes arbitrarily protects some rights whilst simultaneously abandoning others that are of equal importance to the accused. Why would the law make such a distinction?

[301] When assessed against these underlying principles, peremptory challenges are substantive. The abolition of peremptory challenges is not beneficial for all. It is entirely detrimental to the accused, and its immediate application creates unfairness for

procédurale bénéficient à tous (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 62). Selon les propos tenus par le lord juge Mellish dans *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), p. 69, [TRADUCTION] « [a]ucun plaideur n’a de droit acquis quant à la façon de procéder, ni le droit de se plaindre en cas de modification de la procédure au cours d’un litige, pour autant, bien entendu, que cette modification n’entraîne pas d’injustice » (cité dans *Dineley*, par. 54). C’est la dernière partie de cette déclaration que les juges majoritaires ignorent. Les mesures législatives purement procédurales ne tombent pas dans le champ d’application de la présomption allant à l’encontre de la rétroactivité, parce que les tribunaux sont d’avis que les modifications procédurales n’entraînent pas le même degré d’injustice que des modifications apportées aux droits substantiels.

[300] Il est assez paradoxal de la part de mes collègues de reconnaître que les récusations péremptoires sont importantes pour l’accusé, mais de dire ensuite que cela n’a pas d’incidence sur leur classification en tant que droits procéduraux ou droits substantiels : « [L]es droits procéduraux ne sont souvent pas moins importants que les droits substantiels du point de vue de l’accusé » (par. 98). Le principe selon lequel les modifications procédurales sont présumées s’appliquer rétroactivement est fondé sur l’idée que les modifications purement procédurales ont tendance à avoir des effets neutres ou positifs. La présomption selon laquelle les modifications substantielles devraient s’appliquer prospectivement est fondée sur l’idée que les modifications aux règles substantielles sont injustes, « surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives ». La définition stricte que mes collègues donnent aux modifications substantielles protège arbitrairement certains droits tout en abandonnant simultanément d’autres qui ont une importance tout aussi grande pour l’accusé. Pourquoi le droit ferait-il une telle distinction?

[301] Lorsqu’elles sont évaluées au regard de ces principes sous-jacents, les récusations péremptoires sont de nature substantielle. L’abolition des récusations péremptoires n’est pas avantageuse pour tous. Elle est entièrement préjudiciable à l’accusé et son

those who have relied upon the existence of such challenges to make decisions. The abolition of peremptory challenges changes the legal character or consequences of an accused's prior actions, such as electing to be tried by jury or seeking an adjournment of an earlier trial (*Subramaniam*, at para. 45). Therefore, the abolition of peremptory challenges is an amendment affecting a substantive right.

(2) If the Right to Peremptory Challenges Is Not a Substantive Right, Does the Abolition of Peremptory Challenges Affect a Substantive Right?

[302] The second way in which the abolition will apply only prospectively is if it affects a substantive right. My colleagues do not define what it means for an amendment to affect a substantive right. In *Dineley*, Deschamps J. said that affecting a substantive right includes altering the content or existence of the right, but not merely changing the manner in which the right is asserted or enforced (paras. 10 and 16). Of course, this definition was not intended to be and cannot be exhaustive. Legislation cannot alter the content or existence of a *Charter* right, but *Charter* rights are substantive rights (para. 21).

[303] In *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, Iacobucci and Arbour JJ. used the phrase “creates or impinges upon substantive or vested rights” (para. 57). “Impinges” must mean something short of infringement, because the canon would be of no use if it applied only where the *Charter* was infringed. In *Craig*, Justice Dawe determined that the word “affect” should be understood in its ordinary and grammatical sense: “One thing is ordinarily said to ‘affect’ something else if it ‘has an effect on’ or ‘makes a difference’ to the second thing” (para. 54 (footnote omitted)). In the case of *Charter* rights, I

application immédiate crée une injustice pour ceux qui se sont fondés sur l’existence de telles récusations pour prendre certaines décisions. L’abolition des récusations péremptoires change la nature juridique ou les conséquences de certaines décisions prises antérieurement par l’accusé, comme le choix d’être jugé par un jury ou de demander le report d’un procès dont la date de début était déjà fixée (*Subramaniam*, par. 45). Par conséquent, l’abolition des récusations péremptoires est une modification qui porte atteinte à un droit substantiel.

(2) Si le droit d’exercer des récusations péremptoires n’est pas un droit substantiel, leur abolition porte-t-elle atteinte à un droit substantiel?

[302] La deuxième façon selon laquelle l’abolition des récusations péremptoires ne s’appliquera que prospectivement est si elle porte atteinte à un droit substantiel. Mes collègues ne définissent pas ce qu’il faut entendre par une modification qui porte atteinte à un droit substantiel. Dans l’arrêt *Dineley*, la juge Deschamps a affirmé que porter atteinte à un droit substantiel inclut les modifications qui influent sur le contenu ou sur l’existence du droit en question, mais non les modifications qui régissent simplement la manière permettant de faire valoir ou sanctionner ce droit (par. 10 et 16). Bien entendu, cette définition ne se voulait pas exhaustive et elle ne saurait l’être. Une mesure législative ne peut modifier le contenu ou l’existence d’un droit garanti par la *Charte*, mais les droits garantis par la *Charte* sont néanmoins des droits substantiels (par. 21).

[303] Dans l’arrêt *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, les juges Iacobucci et Arbour ont utilisé l’expression « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits » (par. 57). Les empiètements doivent être quelque chose de moins qu’une violation, car la règle n’aurait aucune utilité si elle ne s’appliquait que lorsqu’il y a eu violation à la *Charte*. Dans la décision *Craig*, le juge Dawe a conclu que l’expression [TRADUCTION] « porter atteinte » devrait être comprise dans son sens ordinaire et grammatical : « On dit en général qu’une chose “porte atteinte” à une autre si elle a “un effet”

agree. “Affect” must be understood in its ordinary and grammatical sense.

[304] In determining whether the abolition of peremptory challenges affects substantive rights, our starting point should be the Attorney General of Canada’s admission that it does and that it should apply only prospectively:

The elimination of peremptory challenges goes beyond altering the manner or mode in which peremptory challenges are exercised and abolishes this procedure entirely. This change is substantive in its affects [sic], not by virtue of eliminating this procedure, but because of its substantive impact on the right to trial by jury.

(I.F., at para. 79)

[305] In her *Charter* Statement on the *Amending Act*, the Attorney General repeated similar concerns: “The elimination of peremptory challenges from the *Criminal Code* may engage the fair trial rights of the accused as protected by sections 11(d) and 11(f) of the Charter” (Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (online)). The Attorney General’s view is not binding on us, but it is nonetheless telling.

[306] The Attorney General’s view echoes this Court’s view of the important effects that peremptory challenges have on rights in *Cloutier*. There, Justice Pratte said that the consequences that flow from a legal error by the trial judge must depend on the nature of the rule violated and the importance of the right that the rule is designed to safeguard (p. 715). He went on to say that, in the jury selection process, some rules

ou “une influence” sur cette autre chose » (par. 54 (note en bas de page omise)). En ce qui concerne les droits garantis par la *Charte*, je suis du même avis. L’expression « porter atteinte » doit être interprétée selon son sens ordinaire et grammatical.

[304] Pour savoir si l’abolition des récusations péremptoires porte atteinte à des droits substantiels, le point de départ de l’analyse devrait être le fait que le procureur général du Canada a admis que l’abolition porte effectivement atteinte aux droits substantiels et qu’elle ne devrait s’appliquer que pour l’avenir :

[TRADUCTION] L’élimination des récusations péremptoires va au-delà de la modification de la manière ou du mode selon lequel les récusations péremptoires sont exercées : elle abolit entièrement cette procédure. Ce changement est substantiel de par ses effets, non pas en raison de l’élimination de cette procédure, mais en raison de son effet substantiel sur le droit à un procès avec jury.

(m. interv., par. 79)

[305] Dans son Énoncé concernant la *Charte*, à propos de la *Loi modificatrice*, la procureure générale réitérait les mêmes réserves : « L’élimination des récusations péremptoires du *Code criminel* pourrait mettre en jeu les droits de l’accusé à un procès équitable, droits garantis aux alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* » (Canada, Ministère de la Justice, *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* (en ligne)). La position du procureur général ne nous lie pas, mais elle est néanmoins révélatrice.

[306] La position du procureur général fait écho à l’opinion de notre Cour, dans l’arrêt *Cloutier*, selon laquelle les récusations péremptoires ont des effets importants sur les droits. Le juge Pratte y écrivait que les conséquences d’une erreur de droit commise par le juge du procès doivent dépendre de la nature de la règle violée et de l’importance du droit que celle-ci vise à protéger (p. 715). Il affirmait ensuite que, dans le processus de sélection des jurés, certaines règles

are purely procedural, others are designed to protect the personal interests of one or other of the parties, and others have an even more fundamental importance in that they seek to ensure the integrity of the [system] that establishes, as between the parties, a predetermined state of balance. [p. 715]

Recognizing the important rights safeguarded by the accused's right to peremptorily challenge, he found that the legal error of denying an accused even a single peremptory challenge automatically entitles the accused to a new trial because there is "*préjudice de droit*" (pp. 721 and 724).

[307] As my colleague Abella J. explains in her reasons, abolishing peremptory challenges affects ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* by diminishing the accused's ability to meaningfully participate in jury selection. It should be clear from my above analysis that the abolition of peremptory challenges affects the accused's s. 11(f) right (see also *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232, at paras. 132, 134, 136-37 and 143-44 (CanLII)). However, I wish to explain why it also affects the right to a fair trial by an impartial tribunal.

[308] Section 11(d) requires both a fair trial and an impartial tribunal. Impartiality under s. 11(d) considers both actual bias and the appearance of bias and therefore captures the same problems that I discussed in the s. 11(f) impartiality analysis. Peremptory challenges enable the accused to strike jurors who have subtle and unconscious biases. Again, the fact that such challenges are actually effective at reducing bias is supported by the fact that all three of the new jury selection and trial protections analysed by my colleagues Moldaver and Brown JJ. are designed to protect impartiality.

[309] The abolition of peremptory challenges also affects the fair trial element of s. 11(d). Peremptory challenges improve an accused's perception of trial

sont purement procédurales, d'autres visent à protéger l'intérêt personnel de l'une ou l'autre des parties, d'autres enfin ont une importance encore plus fondamentale en ce qu'elles visent à assurer l'intégrité du système en garantissant un équilibre prédéterminé entre les parties en cause. [p. 715]

Reconnaissant les droits importants protégés par le droit de l'accusé de récuser péremptoirement des jurés, il a conclu que l'erreur de droit consistant à nier à l'accusé ne serait-ce qu'une seule récusation péremptoire donnait automatiquement à celui-ci le droit à un nouveau procès, parce qu'il y a « préjudice de droit » (p. 721 et 724).

[307] Comme ma collègue la juge Abella l'explique dans ses motifs, l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* en réduisant la possibilité pour l'accusé de véritablement participer à la sélection des jurés. Il devrait ressortir clairement de mon analyse ci-dessus que l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte au droit garanti à l'accusé par l'al. 11f) (voir aussi *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232, par. 132, 134, 136-137 et 143-144 (CanLII)). Toutefois, je souhaite expliquer pourquoi cette abolition porte aussi atteinte au droit à un procès équitable devant un tribunal impartial.

[308] L'alinéa 11d) requiert à la fois un procès équitable et un tribunal impartial. L'impartialité au sens où l'entend l'al. 11d) tient compte à la fois de la partialité réelle et de l'apparence de partialité et elle englobe donc les mêmes problèmes que ceux que j'évoquais dans mon analyse de l'impartialité relative à l'al. 11f). Les récusations péremptoires permettent à l'accusé d'écarter les jurés qui ont des biais subtils et inconscients. Encore une fois, le fait que de telles récusations sont véritablement efficaces en matière de réduction des biais est étayé par la thèse que toutes les trois nouvelles procédures de sélection des jurés et de protection de l'équité du procès analysées par mes collègues les juges Moldaver et Brown sont conçues pour protéger l'impartialité.

[309] L'abolition des récusations péremptoires porte aussi atteinte à la composante de procès équitable de l'al. 11d). Les récusations péremptoires



fairness because “[t]he availability of peremptory challenges fosters confidence in the adjudicative fairness of the criminal jury trial” (*R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, at para. 124). My colleagues Moldaver and Brown JJ. “do not deny the value of peremptory challenges from the subjective view of accused persons” (para. 18). However, they try to avoid the repercussions of this state of facts by creating a new test for trial fairness that requires a reasonable person analysis (para. 31).

[310] This is contrary to this Court’s repeated findings that trial fairness takes into account the perspective of the accused. Chief Justice McLachlin made this clear: “At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community” (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45; see also *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28). So too did Chief Justice Dickson: “The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair” (*R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 710).

[311] The subjective perceptions of an accused person are not determinative in the s. 11(d) analysis. However, as the above cases demonstrate, an accused person’s perceptions are an important component that must be taken into account. We all accept that peremptory challenges increase an accused person’s perception of trial fairness. It follows that the abolition of such challenges reduces that perception. Since an accused person’s perception of trial fairness is an important component of s. 11(d), and since the abolition of peremptory challenges diminishes that perception, the abolition of peremptory challenges at least affects s. 11(d). Therefore, based on the established understandings of trial fairness and impartiality, the abolition of peremptory challenges affects the right guaranteed by s. 11(d).

améliorent la perception de l’accusé quant à l’équité du procès, parce que [TRADUCTION] « [I]a possibilité de procéder à des récusations péremptoires favorise la confiance à l’égard de l’équité du procès criminel avec jury » (*R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, par. 124). Pour mes collègues les juges Moldaver et Brown, il ne s’agit pas de « nier la valeur des récusations péremptoires du point de vue subjectif de l’accusé » (par. 18). Toutefois, ils tentent d’éviter les incidences de cet état de fait en créant un nouveau test en matière de procès équitable, lequel nécessite une analyse de ce que ferait une personne raisonnable dans les circonstances (par. 31).

[310] Cette approche est contraire à la jurisprudence constante de la Cour voulant que l’équité d’un procès doive être approchée selon le point de vue de l’accusé. La juge en chef McLachlin l’a clairement énoncé : « Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l’accusé que de celui de la collectivité » (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45; voir aussi *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28). Le juge en chef Dickson l’a aussi souligné : « L’accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable . . . » (*R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 710).

[311] Les perceptions subjectives de la personne accusée ne sont pas déterminantes quant à l’analyse menée au titre de l’al. 11d). Toutefois, comme le démontrent les causes susmentionnées, les perceptions de la personne accusée sont une composante importante dont il faut tenir compte. Nous souscrivons tous à la thèse selon laquelle les récusations péremptoires accroissent la perception de l’accusé que le procès est équitable. Il s’ensuit que l’abolition de telles récusations diminue cette perception. Puisque la perception de l’accusé à l’égard du caractère équitable du procès est une composante importante de l’al. 11d) et que l’abolition des récusations péremptoires diminue cette perception, l’abolition des récusations péremptoires porte au moins atteinte à l’al. 11d). Par conséquent, eu égard aux interprétations établies de ce que sont le caractère équitable du procès et l’impartialité, l’abolition des récusations péremptoires porte atteinte au droit garanti par l’al. 11d).

[312] Since peremptory challenges are themselves substantive and their abolition also affects other substantive rights, the *Amending Act* should not have applied to Mr. Chouhan's trial. It was an error of law to have Mr. Chouhan tried by a jury selected without peremptory challenges. This is not a case where it would be appropriate to apply the curative proviso in either s. 686(1)(b)(iii) or s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. For either section to apply, our jurisprudence requires that the Crown demonstrate the legal error caused no prejudice to the accused (*R. v. Arradi*, 2003 SCC 23, [2003] 1 S.C.R. 280, at para. 42). It cannot do so here. First, the failure to provide Mr. Chouhan with peremptory challenges cannot be harmless or minor. This is not only because the denial of peremptory challenges negatively affects *Charter* rights, but also because Mr. Chouhan would likely have been tried by a differently composed jury if he had been given his peremptory challenges. In *Davey*, at para. 55, Karakatsanis J. said that where "there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined. It seems to me that in such circumstances, the presumption that the jury is impartial is displaced." Second, the case against Mr. Chouhan was not so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain. The evidence against Mr. Chouhan was entirely circumstantial and was contested by him.

[313] Had I not found that s. 269 of the *Amending Act* impairs s. 11(f), I would have found that it affects both s. 11(d) and s. 11(f), that it applies only prospectively and that it therefore should not have been applied to Mr. Chouhan's trial.

## VI. Conclusion

[314] Although my colleagues find that the abolition of peremptory challenges is constitutional,

[312] Puisque les récusations péremptoires sont en soi substantielles et que leur abolition porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels, la *Loi modificatrice* n'aurait pas dû être appliquée au procès de M. Chouhan. Le fait de permettre que M. Chouhan soit jugé par des jurés sélectionnés sans recours aux récusations péremptoires constituait une erreur de droit. Il ne s'agit pas ici d'une affaire où il serait opportun d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ou celle du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code*. Pour que l'un ou l'autre de ces sous-alinéas s'applique, la jurisprudence de la Cour exige que la Couronne démontre que l'erreur judiciaire n'a causé aucun préjudice à l'accusé (*R. c. Arradi*, 2003 CSC 23, [2003] 1 R.C.S. 280, par. 42). Cela ne peut pas être le cas en l'espèce. Premièrement, le fait de ne pas avoir donné à M. Chouhan la possibilité d'exercer son droit de récusation péremptoire ne saurait être sans préjudice ou anodin. Il en est ainsi non seulement parce que le déni de récusations péremptoires porte atteinte à des droits garantis par la *Charte*, mais aussi parce que M. Chouhan aurait probablement été jugé par un jury différemment constitué, s'il s'était vu accorder le droit d'exercer des récusations péremptoires. Au paragraphe 55 de l'arrêt *Davey*, la juge Karakatsanis écrivait que, dans les cas où « il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise. Il me semble que, dans de telles circonstances, la présomption d'impartialité du jury est repoussée. » Deuxièmement, la preuve produite contre M. Chouhan n'était pas à ce point accablante, de sorte que tout autre verdict aurait été impossible à obtenir. La preuve présentée contre M. Chouhan était entièrement circonstancielle et M. Chouhan l'a contestée.

[313] Si je n'avais pas conclu que l'art. 269 de la *Loi modificatrice* contrevient à l'al. 11f), j'aurais conclu qu'il porte atteinte à la fois à l'al. 11d) et à l'al. 11f), qu'il ne vaut que pour l'avenir et qu'il n'aurait donc pas dû être appliqué au procès de M. Chouhan.

## VI. Conclusion

[314] Bien que mes collègues concluent que l'abolition des récusations péremptoires est

they also implicitly recognize that the abolition of peremptory challenges leaves a hole in protections for the accused that must be closed. However, they cannot agree on how to close it and radically splinter on the interpretation of s. 633 of the *Code*. This division acutely demonstrates the genius of peremptory challenges and the critical role of the accused in jury selection. It bears repeating that this common law institution had survived for *seven hundred years*. Perhaps now we better understand why.

[315] While my colleagues try to remedy Parliament's misstep by implementing new jury selection and trial protections, I believe our role is more limited. Where Parliament substantially diminishes the benefit of trial by jury, it violates s. 11(f). The abolition of peremptory challenges is unconstitutional. If Parliament wants to modify peremptory challenges, then it must do so in a way that does not violate the accused's right to benefit from trial by jury.

[316] As it stands, the amended s. 633 of the *Code* is not an adequate replacement for peremptory challenges because it fails to protect the core jury characteristics of impartiality, representativeness and competence in the same way that peremptory challenges have. I agree with Moldaver and Brown JJ. that crafting guidance to trial judges on how and when they can use stand asides to promote diversity is a difficult task. There are many types of diversity, and diversity means different things to different people. However, promoting diversity is not a task that s. 633 clearly requires. Section 633 provides that a trial judge may direct a juror to stand by for reasons of "maintaining public confidence in the administration of justice". While the evidence is clear that peremptory challenges were a tool that racialized and other marginalized persons used to improve the representativeness and competence of juries, I cannot read s. 633 as empowering judges to do the same. Nor am I certain that judges are even capable of performing this role. As I have shown above, "[a] jury

constitutionnelle, ils reconnaissent aussi implicitement que cette abolition laisse un vide dans les protections accordées à l'accusé et que ce vide doit être comblé. Toutefois, ils n'arrivent pas à s'entendre sur la manière de le combler et sont radicalement divisés quant à l'interprétation devant être accordée à l'art. 633 du *Code*. Cette division démontre avec acuité l'ingéniosité des récusations péremptoires et le rôle essentiel de l'accusé lors de la sélection du jury. Il convient de répéter que cette institution de la common law a survécu pendant *sept cents ans*. Peut-être que maintenant nous comprenons mieux pourquoi.

[315] Bien que mes collègues tentent de remédier à l'impair commis par le Parlement en instaurant de nouvelles procédures de sélection des jurés et de protection de l'équité du procès, je crois que notre rôle est plus limité que cela. Lorsque le Parlement diminue substantiellement le bénéfice d'un procès avec jury, il viole l'al. 11f). L'abolition des récusations péremptoires est inconstitutionnelle. Si le Parlement souhaite modifier le régime applicable à ces récusations, il doit alors le faire d'une manière qui ne viole pas le droit de l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury.

[316] En l'état actuel, la version modifiée de l'art. 633 du *Code* ne remplace pas adéquatement les récusations péremptoires, parce qu'elle ne protège pas les caractéristiques principales du jury que sont l'impartialité, la représentativité et la compétence de la même manière que l'ont fait les récusations péremptoires. Je conviens avec les juges Moldaver et Brown que l'élaboration de directives à l'intention des juges des procès sur la manière de recourir aux mises à l'écart et le moment de le faire, dans le but de promouvoir la diversité, est une tâche difficile. Il existe plusieurs types de diversités et la diversité signifie différentes choses pour différentes personnes. Toutefois, la promotion de la diversité n'est pas une mission expressément requise par l'art. 633. L'article 633 dispose qu'un juge du procès peut ordonner qu'un juré se tienne à l'écart pour « le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice ». Bien que la preuve établisse clairement que les récusations péremptoires étaient un outil utilisé par les personnes racisées et d'autres personnes

that may do for a particular defendant in a particular case may be unsuitable for a different defendant in a different case”. Different accused persons will have different views of what a representative jury is and what makes a jury representative. I therefore join Moldaver and Brown JJ., who speak for a majority of the Court in their conclusion that s. 633 cannot be used to promote or enhance the diversity of the petit jury. Again, I would not venture suggestions as to what should replace peremptory challenges. I leave that to Parliament and the provincial assemblies.

[317] I would order that s. 269 of the *Amending Act* be struck down to the extent that it repeals s. 634 of the *Code*. I would also order that Mr. Chouhan receive a new trial, including jury selection complete with peremptory challenges.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed, ABELLA J. dissenting in part and CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Derstine Penman Criminal Lawyers, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

marginalisées afin d’améliorer la représentativité et la compétence des jurys, je ne peux pas interpréter l’art. 633 comme conférant au juge le pouvoir de faire la même chose. Je ne suis pas non plus certaine que les juges sont même capables d’accomplir cette tâche. Comme je l’ai démontré ci-dessus, un « jury qui peut convenir à tel défendeur dans une cause donnée ne conviendrait pas forcément à un défendeur différent dans une autre cause ». Différentes personnes accusées auront différents points de vue sur ce qu’est un jury représentatif et sur ce qui rend un jury représentatif. J’adhère donc à la conclusion des juges Moldaver et Brown, qui s’expriment au nom de la majorité de la Cour, selon laquelle l’art. 633 ne peut être utilisé pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury. Encore une fois, je suis d’avis de ne pas m’aventurer à énoncer des propositions quant au système qui devrait remplacer les récusations péremptoires. Je laisse au Parlement et aux législatures provinciales le soin de s’en occuper.

[317] Je suis d’avis d’ordonner que l’art. 269 de la *Loi modificatrice* est invalide dans la mesure où il abroge l’art. 634 du *Code*. Je suis aussi d’avis d’ordonner un nouveau procès pour M. Chouhan, incluant un nouveau processus de sélection des jurés accompagné de récusations péremptoires.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge ABELLA est dissidente en partie et la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureur de l’appelante/intimée à l’appel incident : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l’intimé/appelant à l’appel incident : Derstine Penman Criminal Lawyers, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

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

*Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.*

*Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Fréchette Blanchette Dingman, Sherbrooke.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Fréchette Blanchette Dingman, Sherbrooke.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Black Lawyers: Brauti Thorning, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Association of Black Lawyers : Brauti Thorning, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers: Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des avocats musulmans et Federation of Asian Canadian Lawyers : Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the South Asian Bar Association of Toronto: Goddard Nasseri, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant South Asian Bar Association of Toronto : Goddard Nasseri, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Presser Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société des plaignants : Presser Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Defence Counsel Association of Ottawa: Shore Johnston Hyslop Day, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Defence Counsel Association of Ottawa : Shore Davis Johnston, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gorham Vandebek, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Gorham Vandebek, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Debbie Baptiste: Murphys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Debbie Baptiste : Murphys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener British Columbia Civil Liberties Association: Power Law, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Juristes Power, Vancouver.*

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-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca