

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clifford Kokopenace *Respondent*

and

Advocates' Society, Nishnawbe Aski Nation, David Asper Centre for Constitutional Rights, Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Native Women's Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KOKOPENACE

2015 SCC 28

File No.: 35475.

2014: October 6; 2015: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clifford Kokopenace *Intimé*

et

Advocates' Society, Nation Nishnawbe Aski, David Asper Centre for Constitutional Rights, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. KOKOPENACE

2015 CSC 28

N° du greffe : 35475.

2014 : 6 octobre; 2015 : 21 mai.

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

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury

Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

The accused, an Aboriginal man from a First Nation reserve, was charged with second degree murder and convicted of manslaughter after a trial by judge and jury. Prior to sentencing, the accused's counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in the accused's case. The trial judge refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal, where fresh evidence was introduced regarding the efforts made by the province in preparing the jury rolls for the district. The Court of Appeal was satisfied that the accused received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of bias or partiality. However, the majority held that the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights had been violated and ordered a new trial. All three judges rejected the accused's s. 15 *Charter* claims.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed. The order for a new trial is set aside and the conviction is reinstated.

Per Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Representativeness is an important feature of our jury system, but its meaning is circumscribed. What is required is a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. With respect to the jury roll, representativeness focuses on the process used to compile it, not its ultimate composition.

To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and an accused's *Charter* right to a

pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

L'accusé, un Autochtone habitant la réserve d'une Première Nation, a été accusé de meurtre au deuxième degré et reconnu coupable d'homicide involontaire coupable au terme d'un procès devant juge et jury. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat de l'accusé a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de l'accusé. Le juge du procès a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel, où de nouveaux éléments de preuve ont été présentés relativement aux mesures que la province avait prises pour dresser les listes de jurés du district. La Cour d'appel était convaincue que l'accusé avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* avaient été violés et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon : La représentativité est un aspect important de notre système de jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Pour ce qui est de la liste des jurés, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour la dresser, et non sur sa composition finale.

Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la

representative jury will be respected. This process aims to ensure that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury, and it seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population.

Jury representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, but it plays a different role in these two guarantees.

The role of representativeness under s. 11(d) is limited to its effect on independence and impartiality. A problem with representativeness that does not undermine these concepts will not violate s. 11(d).

The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level. This may occur in two ways: the deliberate exclusion of a particular group, or efforts in compiling the jury roll that are so deficient as to create an appearance of partiality. However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

The role of representativeness in s. 11(f) is broader: it not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury's role as the "conscience of the community" and promotes public trust in the criminal justice system. This broader role creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury.

If the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate an accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the

liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury et à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population.

La représentativité du jury relève à la fois de l'al. 11d) et de l'al. 11f) de la *Charte*, mais elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties.

Le rôle que joue la représentativité dans l'application de l'al. 11d) se limite à son incidence sur l'indépendance et l'impartialité. Le problème de représentativité qui ne mine pas ces notions n'emportera pas violation de l'al. 11d).

Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de l'al. 11d). Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11d) si la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique. Cela peut se produire de deux façons : un groupe en particulier est exclu délibérément ou les efforts déployés pour dresser la liste des jurés laissent à désirer au point de créer une apparence de partialité. Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11d).

La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

La représentativité joue un rôle élargi dans l'application de l'al. 11f) : non seulement favorise-t-elle l'impartialité, mais elle confère également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale. Ce rôle élargi crée une différence importante : bien qu'un problème de représentativité n'emporte pas nécessairement violation de l'al. 11d), l'absence de représentativité mine automatiquement le droit, reconnu par l'al. 11f), à un procès avec jury.

Si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés

state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether an accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll. The province was therefore not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. An accused's representativeness right is not the appropriate mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally.

There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Requiring a jury roll to proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. There are an infinite number of characteristics that one might consider should be represented, and even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents them. A proportionate representation requirement would also do away with well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would be left with an inquisition into prospective jurors' backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. Such an approach would be unworkable and would spell the end of our jury system as we presently know it.

The province met its representativeness obligation in this case. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, the province's efforts to include Aboriginal on-reserve

par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

La représentativité ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés. La province n'était donc pas obligée de remédier aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Le droit de l'accusé à la représentativité ne constitue pas le bon moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général.

Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Il existe un nombre infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées et, même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui les représente entièrement. Exiger une représentation proportionnelle reviendrait aussi à écarter des principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l'obligation pour l'État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Une telle approche serait inapplicable et entraînerait la disparition de notre système de jury dans sa forme actuelle.

La province s'est acquittée de son obligation de représentativité en l'espèce. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les

residents in the jury process were reasonable. Accordingly, there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*. Although the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system is a serious policy concern that merits attention, the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to address this concern.

The accused's claims based on s. 15 of the *Charter* must also be dismissed. With respect to his personal s. 15 claim, the accused has not clearly articulated a disadvantage. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, it cannot be granted because the accused may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors.

Per Karakatsanis J.: Fair trial rights under s. 11 of the *Charter* entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

Representativeness does not require a jury roll to mirror what a random sample from the community would look like. Adopting such an identity-based approach would mark a significant departure from both Canadian jurisprudence and experience. Jury representativeness is aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. This right has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury acts on behalf of, and thus represents, society. It is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community.

The representative function of the jury is assured by the use of a fair and random selection process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately

efforts déployés par la province pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés étaient raisonnables. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*. Bien que le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury soit une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu'on s'y attarde, les droits garantis à l'accusé par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation.

Il faut aussi rejeter les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. S'agissant de sa prétention personnelle fondée sur l'art. 15, l'accusé n'a pas clairement formulé de désavantage. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, elle ne peut être accueillie parce que l'accusé risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés.

La juge Karakatsanis : Les droits à un procès équitable reconnus par l'art. 11 de la *Charte* permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

La représentativité ne nécessite pas une liste de jurés qui reflète ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité. Si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité, cela constituerait un écart important par rapport à la jurisprudence et à l'expérience canadiennes. La représentativité du jury vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. Ce droit a un sens limité en droit canadien. Il ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Il décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente. Il ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité.

La fonction de représentant qui incombe au jury est assurée par le recours à un processus de sélection équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement

or substantially exclude a subset of the community. Representativeness requires more than reasonable efforts to use such a process. It is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

Ensuring that source lists are drawn broadly from the community is critical, but perfection is not required. Provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll.

Unintentional exclusion of some segments of the community from the jury roll does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 *Charter* violation. Because there are no perfect source lists, the state must be accorded flexibility in choosing a source list. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group.

However, the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

Intentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll would render it unconstitutional. A jury roll tainted by such deliberate exclusion cannot be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion

inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. La représentativité nécessite davantage que le déploiement d'efforts raisonnables pour utiliser un tel processus. C'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

Il est essentiel de faire en sorte que les listes brutes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, mais la perfection n'est pas nécessaire. Il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés.

L'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité de la liste des jurés n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11 de la *Charte*. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier.

Par contre, l'État peut, dans des circonstances exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de cette liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa

for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

An accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Section 11 of the *Charter* is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury.

In this case, the accused has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. With respect to the s. 15 *Charter* claims, this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal peoples are implicated as a result of their alienation from the justice system and their underrepresentation on jury rolls.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal found at s. 11(f) and (d). Section 11(f) of the *Charter* enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component, and is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the conscience of the community and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective. Representativeness is also one of the components which ensure that the jury is an independent and impartial tribunal under s. 11(d) of the *Charter*. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). As it is

contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

Les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. L'article 11 de la *Charte* n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif.

Dans le cas présent, l'accusé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité des Autochtones sont en cause par suite de l'aliénation de ces derniers à l'égard du système de justice et de leur sous-représentation sur les listes de jurés.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public envers l'administration de la justice. Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. Toutefois, la représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par les al. 11f) et 11d) de la *Charte*. L'alinéa 11f) de la *Charte* constitutionnalise l'institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante et constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un jury régulièrement formé. La représentativité, tout comme l'impartialité, est essentielle pour que l'institution du jury joue son rôle de conscience de la collectivité et pour que l'al. 11f) ait un véritable effet. La représentativité constitue également l'un des éléments qui font du jury un tribunal indépendant et impartial au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11d)

guaranteed under s. 11(d) and (f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons charged with an offence, not of particular groups or the community at large. There is no corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group to be included on a jury roll, jury array or petit jury.

The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random within that community. Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

In order to achieve a representative jury roll, two things are necessary. First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district. Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and

de la *Charte*. Ainsi, les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s'il y a eu violation à l'al. 11d). Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l'inculpé, et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Il n'existe pas dans ces dispositions de droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d'une liste de jurés, d'un tableau de jurés ou d'un petit jury.

L'aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Ainsi, la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l'issue d'un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Or, la sélection aléatoire n'est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s'applique quand il s'agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d'un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

Pour obtenir une liste des jurés représentative, il faut que deux conditions soient réunies. Premièrement, les listes brutes à partir desquelles sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatives du district. La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si la liste brute des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complète et aussi exacte que possible et qu'elle ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire de la liste brute. L'État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d'avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d'influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard sur la liste brute, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n'est alors plus l'instrument de la représentativité.

Des raisons d'ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S'il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d'interminables

what needs to be represented on the jury. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all those ways, would pose insurmountable practical problems and would lead to serious intrusions into the privacy of prospective jurors. These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. The practical effect of protecting jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection process does not mean that the results of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. Results that plainly show a significant departure from a properly conducted random selection process should not be ignored.

The *Charter* protects against interference by the state with guaranteed rights. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation, and applies in the context of this case. The starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action, namely whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state. In order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it. With

débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables et entraînerait une incursion grave dans la vie privée des candidats jurés. Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat de la liste brute ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste des jurés. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le processus de sélection aléatoire ne signifie pas que les résultats du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. On ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

La *Charte* protège contre les interventions attentatoires de l'État. Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu'il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l'État. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien suffisant entre les actes de l'État et la restriction du droit, de sorte qu'il est possible d'affirmer que cette limite est le fait de l'État. Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l'art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l'égard d'autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne et convient dans la présente affaire. Le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État, à savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État. Pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité

respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between the state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between those two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so.

This case concerns a situation in which the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce, in view of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. Of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two — the lists and the delivery of jury notices — were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two — the poor return rate of notices and Aboriginal disengagement from the criminal justice system — were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. Therefore, there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused's right to a representative jury roll as guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter*.

Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration that the accused's rights were violated may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice. In this case, the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion

à le régler. Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre ces deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir.

En l'espèce, la liste des jurés n'était pas représentative, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district, car les résidents autochtones de réserves y étaient sous-représentés. Parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux — les listes brutes et la distribution des avis de sélection de juré — incombaient à l'État, et il était en son pouvoir de s'en acquitter. Les deux autres — le faible taux de réponse aux avis et la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale — étaient des problèmes auxquels l'État pouvait remédier en partie, mais il n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour ce faire. Par conséquent, il existe un lien suffisant entre l'action et l'omission de l'État d'une part et la non-représentativité de la liste des jurés d'autre part pour conclure que l'État a porté atteinte au droit de l'accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu atteinte aux droits de l'inculpé pourrait constituer la réparation convenable pourvu que ce dernier n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les

to order a new trial. The failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Barrow, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344;

circumstances. En l'espèce, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. L'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public dans l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Barrow, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c.*

R. v. Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas v. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 629, 630, 631, 632, 633, 634 to 638, 639 to 642, 644.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 to 18.1, 19, 38(3).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "jury".
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.

Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas c. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 629, 630, 631, 632, 633, 634 à 638, 639 à 642, 644.
Loi sur l'évaluation foncière, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 15.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, c. C.37.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 à 18.1, 19, 38(3).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « jury ».
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, Oxford, Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, Oxford, Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: The Inquiry, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, LaForme and Rouleau JJ.A.), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood and Michael Fawcett, for the appellant.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furgiuele and Angela Ruffo, for the respondent.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel and Promise Holmes Skinner, for the intervener the Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy and Marc E. Gibson, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

Cheryl Milne and Kim Stanton, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF).

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, The Inquiry, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, LaForme et Rouleau), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood et Michael Fawcett, pour l'appelante.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furgiuele et Angela Ruffo, pour l'intimé.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel et Promise Holmes Skinner, pour l'intervenante Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy et Marc E. Gibson, pour l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski.

Cheryl Milne et Kim Stanton, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ).

Mary Eberts, for the interveners the Native Women’s Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Christa Big Canoe and *Jonathan Rudin*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The right to be tried by a jury of one’s peers is one of the cornerstones of our criminal justice system. It is enshrined in two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the s. 11(*d*) right to a fair trial by an impartial tribunal and the s. 11(*f*) right to a trial by jury. Yet despite the importance of this right, this is the first time the Court has been called upon to determine what efforts the state must make to ensure that a jury is “representative” of the community. In turn, this raises the related questions of how representativeness should be defined and what role it should play in the rights guaranteed by ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*. In answering these questions, it must be remembered that the right to a representative jury is an entitlement held by the accused that promotes the fairness of his or her trial, in appearance and in reality. It is not a mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally — and it should not be tasked with that responsibility.

[2] In my view, representativeness focuses on the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. Consequently, the state satisfies an accused’s right to a representative jury by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a

Mary Eberts, pour les intervenantes l’Association des femmes autochtones du Canada et l’Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry.

Christa Big Canoe et *Jonathan Rudin*, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement des juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs est l’une des pierres angulaires de notre système de justice pénale. Il est consacré par deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* : le droit, prévu par l’al. 11*d*), à un procès équitable devant un tribunal impartial et le droit, prévu par l’al. 11*f*), à un procès devant jury. Pourtant, malgré l’importance de ce droit, c’est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur les efforts que l’État doit déployer pour faire en sorte qu’un jury soit « représentatif » de la collectivité. Cet examen soulève à son tour les questions connexes de la définition que devrait recevoir la représentativité et du rôle qu’elle devrait jouer dans les droits garantis par les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte*. Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le droit à un jury représentatif est un droit de l’accusé qui favorise l’équité de son procès en apparence et dans les faits. Il ne s’agit pas d’un moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général, et ce droit ne devrait pas servir à cette fin.

[2] À mon avis, la représentativité met l’accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sur sa composition finale. L’État respecte donc le droit de l’accusé à un jury représentatif en donnant à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Une telle possibilité est fournie lorsque l’État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant

broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and the accused's *Charter* right to a representative jury will be respected.

[3] I am satisfied that there were no *Charter* violations in this case. I would accordingly allow the appeal.

II. Background

[4] Clifford Kokopenace is an Aboriginal man from the Grassy Narrows First Nation reserve in the District of Kenora. He was charged with second degree murder for stabbing his friend to death during a fight. After a trial by judge and jury in 2008, he was acquitted of murder but convicted of the lesser included offence of manslaughter. Prior to sentencing, his trial counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in Mr. Kokopenace's case. The trial judge, Stach J., refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal to the Ontario Court of Appeal.

[5] Before the Court of Appeal, Mr. Kokopenace alleged that his jury was derived from a jury roll that did not adequately ensure the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. Because of the allegedly inadequate process used to prepare the jury roll, he argued that his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter* were violated. Voluminous fresh evidence was introduced regarding the efforts Ontario had made, over a period of several years, in preparing the jury rolls for the District of Kenora.

ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté.

[3] Je suis convaincu qu'il n'y a pas eu de violations de la *Charte* en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[4] Clifford Kokopenace est un Autochtone de la Première Nation de Grassy Narrows dans le district de Kenora. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré pour avoir poignardé son ami à mort durant une altercation. Au terme d'un procès devant juge et jury en 2008, il a été acquitté de l'accusation de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat qui le représentait au procès a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de M. Kokopenace. Le juge du procès, le juge Stach, a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[5] En Cour d'appel, M. Kokopenace a prétendu que son jury avait été constitué à partir d'une liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la participation des résidents autochtones des réserves. Comme la liste des jurés serait le fruit d'une procédure inadéquate, il a soutenu que ses droits garantis aux al. 11(d) et 11(f) et à l'art. 15 de la *Charte* avaient été violés. De nouveaux éléments de preuve volumineux ont été présentés relativement aux mesures que l'Ontario avait prises durant plusieurs années pour dresser les listes de jurés du district de Kenora.

[6] The Court of Appeal issued three sets of reasons. Two of the judges — LaForme and Goudge J.J.A. — held that Mr. Kokopenace’s ss. 11(d) and 11(f) rights had been violated and ordered a new trial on that basis. In dissent, Rouleau J.A. held that Ontario had made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury roll. He therefore would have dismissed the appeal. All three judges rejected Mr. Kokopenace’s s. 15 claims.

[7] The Crown now appeals to this Court, and Mr. Kokopenace renews his s. 15 claims.

III. The Jury Selection Process in the District of Kenora

A. *Overview of the Jury Selection Process in Ontario*

[8] To be eligible to serve as a juror in Ontario, individuals must be at least 18 years of age and must be Canadian citizens who reside in Ontario. There are several additional limitations on eligibility, including exemptions related to an individual’s profession or prior criminal record: *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4. Drawing from the pool of eligible individuals, jury selection takes place in three stages:

1. The preparation of the jury roll, composed of individuals who are randomly selected from the community in each judicial district throughout Ontario.
2. The selection of names from the jury roll to make up the jury panels (also known as arrays) for court sittings. Jury panels act as the pools from which trial juries are selected.
3. The selection, from the jury panel, of the trial jury (also known as the petit jury) that will serve on a particular criminal trial.

[6] La Cour d’appel a rendu trois opinions. Deux des juges — les juges LaForme et Goudge — ont conclu que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) avaient été violés et ont ordonné la tenue d’un nouveau procès pour cette raison. Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l’Ontario avait déployé des efforts raisonnables pour inscrire des Autochtones résidant dans une réserve sur la liste des jurés. Il aurait donc rejeté l’appel. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l’art. 15.

[7] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, et M. Kokopenace réitère ses prétentions fondées sur l’art. 15.

III. Le processus de sélection des jurés dans le district de Kenora

A. *Aperçu du processus de sélection des jurés en Ontario*

[8] Pour être habile à remplir les fonctions de juré en Ontario, la personne doit être âgée d’au moins 18 ans, avoir la citoyenneté canadienne et résider en Ontario. Cette habilité est assortie de plusieurs autres restrictions, dont des exemptions liées à la profession de la personne ou à sa possession d’un casier judiciaire : *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4. La sélection des jurés se fait en trois étapes à partir du bassin des personnes habiles :

1. La préparation de la liste des jurés, composée de personnes sélectionnées au hasard dans la collectivité de chaque district judiciaire de l’Ontario.
2. La sélection des personnes inscrites sur la liste des jurés qui formeront le tableau des jurés lors des sessions du tribunal. Les tableaux des jurés constituent les bassins à partir desquels les jurés sont sélectionnés pour les procès.
3. La sélection du jury (également connu sous le nom de petit jury), à partir du tableau des jurés, qui remplira ses fonctions dans un procès criminel donné.

[9] In Ontario, the first two stages are governed by the *Juries Act* and the third stage is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent's challenge is to the first stage of the process — the preparation of the jury roll.

[10] The *Juries Act* requires that a jury roll be prepared by provincial officials each year for every judicial district in Ontario. The same roll is used for all trials in a district in a given calendar year. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, Ontario compiles its jury rolls based on municipal assessment lists obtained from the Municipal Property Assessment Corporation ("MPAC"). Enumeration by MPAC occurs once every three years, and the MPAC lists are not updated between enumerations.

[11] MPAC data does not capture individuals who reside on First Nations reserves. For that reason, s. 6(8) of the *Juries Act* provides a separate process for including on-reserve residents in the jury rolls. Section 6(8) directs:

In the selecting of persons for entry in the jury roll in a county or district in which an Indian reserve is situated, the sheriff shall select names of eligible persons inhabiting the reserve in the same manner as if the reserve were a municipality and, for the purpose, the sheriff may obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available.

[12] The aim of both ss. 6(2) and 6(8) is that each municipality or reserve be sent the number of notices that is approximately proportionate to that municipality or reserve's percentage of the total population in the judicial district.

[13] In practice, the sheriff's duties under s. 6(8) are carried out by various provincial and local employees in each judicial district. Staff in the Court Services Division ("CSD") are responsible for virtually the entire process of selecting on-reserve individuals for the jury roll. They obtain lists of on-reserve residents for use in the jury selection process,

[9] En Ontario, les deux premières étapes sont régies par la *Loi sur les jurys* tandis que la troisième est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La contestation de l'intimé vise la première étape du processus : la préparation de la liste des jurés.

[10] La *Loi sur les jurys* exige qu'une liste de jurés soit préparée chaque année par des fonctionnaires provinciaux pour chacun des districts judiciaires de l'Ontario. La même liste est utilisée pour tous les procès tenus dans un district au cours d'une année civile donnée. Suivant le par. 6(2) de cette loi, l'Ontario dresse ses listes de jurés en fonction des listes d'évaluation municipale qu'il reçoit de la Société d'évaluation foncière des municipalités (la « SEFM »). Cette dernière effectue un recensement une fois tous les trois ans et ses listes ne sont pas mises à jour entre les recensements.

[11] Les données de la SEFM ne tiennent pas compte des personnes qui habitent dans les réserves des Premières Nations. Voilà pourquoi le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* prévoit une procédure distincte pour inscrire ces résidents sur les listes de jurés. Le paragraphe 6(8) prévoit :

Pour dresser une liste de jurés pour un comté ou un district où se trouve une réserve indienne, le shérif sélectionne le nom des habitants de la réserve habiles à être membres d'un jury comme si la réserve était une municipalité et, à cette fin, il peut obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible.

[12] Les paragraphes 6(2) et 6(8) visent tous deux l'envoi, à chaque municipalité ou réserve, du nombre d'avis de sélection qui est approximativement proportionnel au pourcentage, dans cette municipalité ou réserve, de la population totale du district judiciaire.

[13] En fait, les fonctions attribuées au shérif par le par. 6(8) sont exercées par divers fonctionnaires provinciaux et municipaux dans chaque district judiciaire. Les employés de la Division des services aux tribunaux (la « DST ») sont responsables de presque tout le processus de sélection des habitants d'une réserve qui figureront sur la liste des jurés. Ils

calculate the number of jury notices (also known as questionnaires) that are required, randomly select the on-reserve individuals who will receive notices, prepare the notices, and mail them to the selected recipients. The Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for providing each CSD office with the number of questionnaires that is required for the mailouts to the on-reserve population. The PJC receives the completed questionnaires from the selected on-reserve individuals and then enters the eligible names into the jury selection system, used to develop the jury roll.

B. *PDB #563 and the Lists Used for Section 6(8) Purposes*

[14] PDB #563 was the policy directive from the Ontario Ministry of the Attorney General that provided guidance to CSD staff on the s. 6(8) process at the relevant time. It indicated that CSD staff should

- ascertain, check, and confirm the reserves located in their county or district;
- attempt to obtain band electoral lists, or any other accurate lists of residents, by writing letters, telephoning, or visiting the reserves in the district;
- calculate the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents;
- randomly select the required number of individuals to whom questionnaires were to be sent from the best possible list; and
- provide interim and final reports to the PJC at certain points in the process.

[15] PDB #563 encouraged staff to attempt to obtain the best lists of on-reserve residents available.

obtiennent les listes des résidents d’une réserve qui seront utilisées dans le processus de sélection des jurés, calculent le nombre d’avis de sélection de juré requis (également appelés questionnaires), sélectionnent aléatoirement les habitants d’une réserve qui recevront des avis de sélection, préparent les avis de sélection et les envoient par courrier aux destinataires choisis. Le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») est chargé de fournir à chaque bureau de la DST le nombre de questionnaires qu’il faut envoyer par la poste aux résidents des réserves. Le CPSJ reçoit les questionnaires remplis par les habitants de la réserve sélectionnés, puis inscrit le nom des personnes habiles dans le système de sélection des jurés utilisé pour dresser la liste des jurés.

B. *La PDB n° 563 et les listes utilisées pour l’application du par. 6(8)*

[14] La PDB n° 563 était la directive d’orientation du ministère du Procureur général de l’Ontario qui servait de guide au personnel de la DST pour appliquer la procédure prévue par le par. 6(8) à l’époque en cause. Elle indiquait que les employés de la DST doivent :

- établir, vérifier et confirmer les réserves situées dans leur comté ou district;
- tenter d’obtenir les listes électorales des bandes ou toute autre liste exacte de résidents, en écrivant des lettres, en téléphonant ou en visitant les réserves du district;
- calculer le nombre de questionnaires à envoyer aux résidents des réserves;
- sélectionner au hasard le nombre nécessaire de personnes à qui il faut envoyer des questionnaires à partir de la meilleure liste disponible;
- fournir des rapports provisoires et finaux au CPSJ à certains stades du processus.

[15] La PDB n° 563 encourageait les employés à tenter d’obtenir les meilleures listes disponibles

To this end, it directed staff to seek band electoral lists “or any other accurate list of residents”.

[16] PDB #563 also indicated that lists provided by the federal government department known at the time as Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) were not the best possible lists because they included the names of band members who did not reside on the reserve. However, if CSD staff were unsuccessful in their attempts to obtain a better list from the band, the general practice was to use the INAC lists. Until 2001, INAC regularly provided its lists to Ontario for the purposes of s. 6(8). However, in 2001, INAC stopped providing the CSD with band lists, ostensibly because of privacy concerns. From that point on, CSD employees’ attempts to obtain lists directly from the First Nations reserves became increasingly important, as the INAC lists grew more outdated with each passing year.

C. The Compilation of Jury Rolls in the District of Kenora

[17] The District of Kenora contains a large number of reserves, which are associated with approximately 46 different First Nations. The on-reserve adult population makes up between 21 to 32 percent of the adult population of the district.

[18] There has been a significant decline in the rates of response to jury notices from on-reserve residents in the District of Kenora over the years. In 1993, the return rate for completed jury questionnaires in the district was approximately 33 percent for on-reserve residents and 60 to 70 percent for off-reserve communities: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 114. Around that time, the Kenora CSD office began including an additional letter with the jury notices sent to on-reserve residents to help recipients understand the jury process. Although the letter was written in English, a translation in Ojibway and Oji-Cree syllabics

de résidents des réserves. Elle chargeait à cette fin les employés de solliciter les listes électorales des bandes [TRADUCTION] « ou toute autre liste exacte de résidents ».

[16] En outre, la PDB n° 563 indiquait que les listes fournies par le ministère fédéral connu à l’époque sous le nom d’Affaires indiennes et du Nord Canada (l’« AINC ») n’étaient pas les meilleures listes disponibles parce qu’elles comprenaient le nom des membres d’une bande qui n’habitaient pas la réserve. Par contre, si les employés de la DST ne réussissaient pas à obtenir une meilleure liste auprès de la bande, ils avaient pour pratique courante d’utiliser les listes d’AINC. Jusqu’en 2001, AINC fournissait régulièrement ses listes à l’Ontario pour l’application du par. 6(8). Toutefois, cette année-là, AINC a cessé de fournir les listes des bandes à la DST, apparemment par souci de respect de la vie privée. Depuis ce temps, la nécessité des démarches prises par les employés de la DST pour obtenir des listes directement auprès des réserves des Premières Nations s’est fait de plus en plus sentir, les listes d’AINC devenant de plus en plus désuètes d’une année à l’autre.

C. L’établissement des listes de jurés dans le district de Kenora

[17] Le district de Kenora compte un grand nombre de réserves, qui sont associées à environ 46 Premières Nations différentes. Les adultes des réserves représentent entre 21 et 32 p. 100 de la population adulte du district.

[18] Le taux de réponse aux avis de sélection de juré chez les résidents des réserves dans le district de Kenora a connu un déclin important au fil des ans. En 1993, le taux de renvoi des questionnaires remplis des jurés dans le district était d’environ 33 p. 100 chez les résidents des réserves et d’environ 60 à 70 p. 100 chez les collectivités hors réserve : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 114. À cette époque, le bureau de la DST de Kenora a commencé à joindre une lettre additionnelle aux avis de sélection de juré destinés aux résidents des réserves pour les aider à comprendre le processus de sélection des jurés. La lettre

was also enclosed. Despite the provision of this letter, the response rate from on-reserve residents did not increase. By 2002, it had dropped to 15.8 percent, and by 2008 (the year at issue in this appeal), it had declined to 10 percent.

(1) The Delivery of Jury Notices to On-Reserve Residents in the District of Kenora

[19] Many of the First Nations communities in the District of Kenora are remote and are accessible only by air. In these communities, individuals typically do not have mailboxes at their place of residence. Some have a community mailbox or an individual box in the post office. For other individuals, mail is held at the post office and they must retrieve it from the postal clerk.

[20] When jury notices are sent to on-reserve residents, they are sent “General Delivery”. Mail delivered in this manner is sent to the community post office, but not to individual or community postal boxes. Post office employees then carry out a practice known as a “knowledge sort”, in which they attempt to deliver the notices to the community mailbox or post office boxes of the recipients. Postal clerks tend to be familiar with the residents in these small communities and, if they know the recipient, they will put the letter in the recipient’s community mailbox or post office box instead of returning it to the sender. Where there is no listed postal box or the postal clerks do not know the recipient, postal clerks put the mail aside and cross-reference the name against the customer list in an attempt to determine the correct postal box. Mail that is not claimed within 30 days and has not been delivered to a community mailbox or post office box is typically returned to the sender by the post office.

était écrite en anglais, mais une traduction en ojibwé et en oji-cri était également jointe. Malgré l’ajout de cette lettre, le taux de réponse des résidents des réserves n’a pas augmenté. En 2002, il avait chuté à 15,8 p. 100 et en 2008 (l’année en cause dans le présent pourvoi), il avait baissé à 10 p. 100.

(1) L’envoi d’avis de sélection de juré aux résidents des réserves dans le district de Kenora

[19] Bon nombre des collectivités des Premières Nations du district de Kenora sont isolées et accessibles uniquement par voie aérienne. Les habitants de ces collectivités ne possèdent généralement pas de boîte aux lettres à leur lieu de résidence. Certains disposent d’une boîte postale communautaire ou possèdent une case postale individuelle au bureau de poste. Pour d’autres personnes, le courrier est conservé au bureau de poste et elles doivent le récupérer auprès du commis des postes.

[20] Les avis de sélection de juré destinés aux résidents d’une réserve sont envoyés à une adresse de « poste restante ». Le courrier distribué de cette façon est envoyé au bureau de poste communautaire, mais n’est pas livré à des cases postales individuelles ou communautaires. Les employés des postes font ensuite un tri du courrier selon leur connaissance des habitants de la réserve et tentent ainsi de livrer les avis à la boîte postale communautaire ou aux cases postales des destinataires. Les commis des postes ont tendance à connaître les résidents de ces petites collectivités et, s’ils connaissent le destinataire, ils déposeront la lettre dans sa boîte postale communautaire ou dans sa case postale au lieu de la retourner à l’expéditeur. S’il n’y a pas de case postale désignée ou si les commis ne connaissent pas le destinataire, ils mettent la lettre qui lui est destinée de côté et vérifient si son nom figure sur la liste des clients pour tenter de déterminer la bonne case postale. Le courrier qui n’est pas réclamé dans les 30 jours et qui n’a pas été livré à une boîte postale communautaire ou une case postale est habituellement retourné à l’expéditeur par le bureau de poste.

(2) The Implementation of Section 6(8) in the District of Kenora

[21] During the time period relevant to this appeal, the sheriff's s. 6(8) duties in the District of Kenora were carried out by Ms. Laura Loohuizen, the group leader in the local CSD office. Ms. Loohuizen became involved in s. 6(8) work in 2001, at which time she was given the lists of on-reserve residents used by her predecessor. She was provided with INAC lists for 42 of the 43 reserves that she believed fell within the district. There was no list for the 43rd reserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Ms. Loohuizen was not provided with training about the boundaries of the district or about how to carry out s. 6(8) work. However, she made inquiries to the PJC about the process for obtaining updated lists. In carrying out her work, she relied on the directions in PDB #563, instructions from her supervisors in the CSD office, directives given by the PJC, and advice provided by Stach J., a respected and long-serving judge of the Ontario Superior Court of Justice in the District of Kenora. Although Ms. Loohuizen relied on PDB #563, the interim and final reports it envisioned were sometimes not completed — or if completed, failed to contain all the required information. Fully completed reports would have detailed the steps taken to obtain updated lists, the success of those efforts, and the number of questionnaires sent to the reserves.

[23] Ms. Loohuizen made repeated and escalating efforts over the years to obtain updated lists from the reserves. However, she had great difficulty securing cooperation from many of them and often had to carry out her s. 6(8) work based on inaccurate or outdated lists.

(2) La mise en application du par. 6(8) dans le district de Kenora

[21] Durant la période pertinente en l'espèce, les fonctions que le par. 6(8) confie au shérif ont été exercées dans le district de Kenora par Laura Loohuizen, la chef de groupe au bureau local de la DST. Madame Loohuizen a commencé à faire le travail prévu au par. 6(8) en 2001, année durant laquelle elle a reçu les listes de résidents d'une réserve utilisées par son prédécesseur. Elle a reçu les listes d'AINC pour 42 des 43 réserves qui, selon elle, relevaient du district. Aucune liste n'avait été fournie pour la 43^e réserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Madame Loohuizen n'a reçu aucune formation concernant les limites du district ou sur la façon d'accomplir le travail prévu au par. 6(8). Toutefois, elle s'est renseignée auprès du CPSJ sur la marche à suivre pour obtenir des listes à jour. Dans l'exercice de ses fonctions, elle s'est fondée sur les directives énoncées dans la PDB n° 563, les consignes de ses superviseurs au bureau de la DST, les directives du CPSJ ainsi que les conseils fournis par le juge Stach, un juge respecté et siégeant depuis longtemps à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le district de Kenora. Bien que M^{me} Loohuizen se soit fondée sur la PDB n° 563, les rapports provisoires et finaux qui y sont prévus n'étaient parfois pas achevés — ou s'ils l'étaient, ils ne contenaient pas tous les renseignements nécessaires. Des rapports entièrement terminés auraient exposé en détail les mesures prises pour obtenir des listes à jour, l'efficacité de ces mesures et le nombre de questionnaires envoyés aux réserves.

[23] Madame Loohuizen a déployé des efforts répétés et croissants au fil des ans pour se procurer des listes à jour auprès des réserves. Cependant, elle a eu beaucoup de difficulté à obtenir la collaboration de bon nombre d'entre elles et devait souvent accomplir son travail prévu par le par. 6(8) au moyen de listes inexactes ou désuètes.

D. *Efforts in 2007 for the Preparation of the 2008 Jury Roll*

[24] In 2007, for the first time, the PJC informed Ms. Loohuizen of statistics showing the low rate of response for on-reserve residents. The numbers indicated that in response to the 2006 mailouts (for the 2007 jury roll), the rate of return for on-reserve residents was 10.72 percent compared to an off-reserve response rate of 56 percent. Of the questionnaires that had been sent to on-reserve residents, 72 percent were not returned and 17 percent were returned by the post office as undeliverable — statistics that were markedly worse than those for the off-reserve population.

[25] Ms. Loohuizen communicated these results to Stach J., who had provided advice on the s. 6(8) process from time to time, and it was decided that the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents should be increased by almost 50 percent. Her superiors in the Kenora CSD office also decided that Ms. Loohuizen would travel to several reserves in the district to meet with band leadership to discuss jury representativeness issues.

[26] Also in 2007, Ms. Loohuizen inquired about the boundaries of the District of Kenora. Her inquiry was apparently prompted by questions that arose in relation to an upcoming coroner's inquest. After making these inquiries, she discovered that she had inadvertently been excluding two reserves from her s. 6(8) efforts because she had not known that they fell within the district. She also discovered that another reserve on her list, Sandy Lake, had split in two, creating two separate communities. Consequently, there were 46 reserves — not 43 — that should have been included in her s. 6(8) work. She became aware of these errors too late to obtain lists for use in the preparation of the 2008 jury roll. As she still had not succeeded in obtaining a list for Neskantaga/Lansdowne House, that reserve was also excluded from the jury roll process for 2008.

D. *Efforts déployés en 2007 pour dresser la liste des jurés de 2008*

[24] En 2007, pour la première fois, le CPSJ a informé M^{me} Loohuizen des statistiques montrant le faible taux de réponse des résidents des réserves. Les chiffres indiquaient qu'en réponse aux envois de 2006 (pour dresser la liste des jurés de 2007), le taux de renvoi de la part des résidents des réserves était de 10,72 p. 100 comparativement à 56 p. 100, le taux de réponse enregistré chez les résidents hors réserve. Parmi les questionnaires envoyés aux résidents des réserves, 72 p. 100 n'ont pas été retournés et 17 p. 100 ont été retournés par le bureau de poste à titre d'envoi non livrable; ces statistiques étaient nettement inférieures à celles concernant les résidents hors réserve.

[25] Madame Loohuizen a communiqué ces résultats au juge Stach, qui avait donné à l'occasion des conseils sur la procédure établie au par. 6(8), et il a été décidé qu'il fallait envoyer près de 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves. Les supérieurs de M^{me} Loohuizen au bureau de la DST de Kenora ont également décidé qu'elle visiterait plusieurs réserves du district pour rencontrer les dirigeants des bandes afin de discuter des questions de représentativité des jurys.

[26] En 2007 également, M^{me} Loohuizen s'est renseignée sur les limites du district de Kenora. Sa demande faisait apparemment suite aux questions qui découlaient d'une enquête imminente du coroner. Après avoir demandé ces renseignements, elle s'est rendu compte qu'elle avait exclu par inadvertance deux réserves de ses fonctions prévues par le par. 6(8) parce qu'elle ne savait pas qu'elles relevaient du district. Elle a également constaté qu'une autre réserve figurant sur sa liste, Sandy Lake, s'était scindée en deux, devenant ainsi deux collectivités distinctes. Par conséquent, ce sont 46 réserves — et non 43 — qui auraient dû relever de son travail prévu par le par. 6(8). Elle a constaté ces erreurs trop tard pour pouvoir obtenir des listes en vue de préparer la liste des jurés de 2008. Comme elle n'avait toujours pas réussi à obtenir une liste pour la réserve Neskantaga/Lansdowne House, celle-ci a également été exclue de l'établissement de la liste des jurés pour 2008.

[27] As a result of Ms. Loohuizen's efforts, the 2007 mailouts for the 2008 jury roll were based on the following lists:

- Band lists from 2006 for two First Nations
- Band lists from 2007 for eight First Nations
- INAC lists from 2000 for 32 First Nations
- No lists for four First Nations

[28] Ultimately, only 10 percent of the questionnaires sent to on-reserve residents were returned, and only 5.7 percent of on-reserve residents who returned the questionnaires were eligible to serve as jurors. Mr. Kokopenace's jury was selected from a jury panel of 175 jurors, 8 of whom were on-reserve residents. No on-reserve residents were selected for Mr. Kokopenace's petit jury.

E. *The Iacobucci Report and Efforts Made After 2008*

[29] Since 2008, Ontario has expanded its efforts to include on-reserve residents in the jury selection process. The province has updated its policies, provided formal training on s. 6(8) work, increased the number of questionnaires sent to on-reserve residents, and started tracking statistics about response and delivery rates for those questionnaires. Significantly, in 2011, Ontario appointed the Honourable Frank Iacobucci as an independent reviewer to study the issue of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents on juries and to make recommendations for resolving the problem. The report detailing his findings was released in 2013, while Mr. Kokopenace's appeal was under reserve at the Court of Appeal: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). The Iacobucci Report

[27] Par suite des efforts déployés par M^{me} Loohuizen, les envois postaux de 2007 pour la préparation de la liste des jurés de 2008 étaient fondés sur les listes suivantes :

- les listes de bandes de 2006 pour deux Premières Nations
- les listes de bandes de 2007 pour huit Premières Nations
- les listes d'AINC de 2000 pour 32 Premières Nations
- aucune liste pour quatre Premières Nations

[28] En fin de compte, seulement 10 p. 100 des questionnaires envoyés aux résidents des réserves ont été retournés, et seulement 5,7 p. 100 de ces personnes qui ont retourné les questionnaires étaient habiles à remplir les fonctions de juré. Le jury dans le procès de M. Kokopenace a été constitué à partir d'un tableau de 175 jurés, dont 8 habitaient une réserve. Aucun résident d'une réserve n'a été sélectionné pour faire partie du petit jury de M. Kokopenace.

E. *Le rapport Iacobucci et les mesures prises après 2008*

[29] Depuis 2008, l'Ontario a élargi ses mesures pour faire participer les résidents des réserves au processus de sélection des jurés. La province a mis ses politiques à jour, offert une formation en bonne et due forme sur les fonctions prévues au par. 6(8), envoyé un nombre accru de questionnaires à ces résidents et commencé à faire le suivi des statistiques concernant les taux de réponse et de distribution pour les questionnaires en cause. Fait important, en 2011, l'Ontario a nommé l'ancien juge Frank Iacobucci à titre d'examineur indépendant pour étudier la question de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans les jurys et pour formuler des recommandations afin de régler le problème. Le rapport exposant en détail ses conclusions a été rendu public en 2013, alors que l'appel interjeté par M. Kokopenace était en délibéré en Cour d'appel : *La représentation des Premières Nations sur la liste des*

reveals that the problem with the underrepresentation of on-reserve residents is deep-rooted and multi-faceted, and that it extends well beyond the difficulty of obtaining accurate source lists. It explains that the problem is linked to the long history of Aboriginal estrangement from the justice system and the mistrust of that system that has resulted. Since the report's release, Ontario has begun implementing some of its recommendations.

IV. The Decision of the Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] The Court of Appeal delivered three sets of reasons. Both LaForme and Goudge J.J.A. concluded that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights were violated; in contrast, Rouleau J.A. held that there was no *Charter* violation. The court unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claims.

[31] All three judges accepted that the test to determine whether Ontario had met its representativeness obligations was whether it had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included in the jury roll. They held that reasonable efforts must be made at each step of the process, including compiling the lists, sending the notices, facilitating their delivery and receipt, and encouraging responses.

[32] The majority emphasized that the analysis of Ontario's efforts under s. 6(8) of the *Juries Act* must be guided by both the honour of the Crown and the principles in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. In its view, Ontario was required to consider the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system and to work with First Nations governments to fashion a solution to the problem. According to the majority, it was unreasonable for Ontario to delegate its s. 6(8) responsibilities to Ms. Loohuizen, a junior public servant. Senior government officials

jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci (2013) (« rapport Iacobucci »). Le rapport Iacobucci révèle que le problème de la sous-représentation des résidents des réserves est profondément enraciné, comporte de multiples facettes et déborde largement les difficultés à obtenir des listes brutes exactes. Il explique que le problème est lié à la marginalisation de longue date des Autochtones au sein du système de justice et à la méfiance envers ce système qui en a découlé. Depuis la publication du rapport, l'Ontario commence à mettre en œuvre certaines de ses recommandations.

IV. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] La Cour d'appel a rendu trois opinions. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f); par contre, le juge Rouleau a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15.

[31] Les trois juges ont tous reconnu que, pour déterminer si l'Ontario s'était acquitté de ses obligations de représentativité, le tribunal devait se demander si la province avait déployé des efforts raisonnables en vue de donner aux groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Ils ont conclu que des efforts raisonnables doivent être faits à chaque étape du processus, y compris l'établissement des listes, l'envoi des avis, la facilitation de leur livraison et de leur réception de même que l'incitation à y répondre.

[32] Les juges majoritaires ont souligné que l'analyse des efforts déployés par l'Ontario en application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* doit respecter à la fois l'honneur de la Couronne et les principes établis dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Selon eux, l'Ontario devait tenir compte de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice et collaborer avec les gouvernements des Premières Nations en vue de trouver une solution au problème. D'après les juges majoritaires, il était déraisonnable pour l'Ontario de déléguer les responsabilités que lui

were required to engage with First Nations in a government-to-government process.

[33] The majority also concluded that Ontario improperly focused all of its attention on efforts to obtain updated lists. It found that the low response rates required Ontario to investigate the causes of the problem and to actively encourage responses from on-reserve residents. Ontario's failure to do so led the majority to conclude that Ontario had ignored the problem and had failed to make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. It followed that Mr. Kokopenace's rights under ss. 11(d) and 11(f) were violated.

[34] In terms of remedy, the majority was satisfied that Mr. Kokopenace received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of partiality or bias. However, the majority found that the violations of ss. 11(d) and 11(f) "necessarily undermine[d] public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice" (para. 227). Consequently, it concluded that the only effective remedy was a new trial.

[35] In dissent, Rouleau J.A. found that Ontario's efforts were reasonable in light of what was known at the time. He emphasized that at the time relevant to this appeal, everyone was under the impression that the low response rates were caused by the outdated lists — indeed, the problems with the lists were the main focus of Mr. Kokopenace's arguments before the Court of Appeal. It was only after the Iacobucci Report was released that the complexity of the problem became clear. In his view, the majority's criticisms were misplaced because they were based on information that was unknown to Ontario at the time.

[36] Rouleau J.A. also concluded that the low response rates did not mean that on-reserve residents had a reduced opportunity to participate. In

attribue le par. 6(8) à M^{me} Loohuizen, une fonctionnaire subalterne. Des hauts dirigeants du gouvernement étaient tenus de s'engager avec les Premières Nations dans des échanges entre gouvernements.

[33] Les juges majoritaires ont également conclu que l'Ontario avait porté à tort toute son attention sur les efforts déployés pour obtenir des listes à jour. D'après eux, le faible taux de réponse obligeait l'Ontario à étudier les causes du problème et à encourager activement les résidents des réserves à répondre. L'inaction de l'Ontario à cet égard a mené les juges majoritaires à conclure qu'il avait négligé le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables pour permettre honnêtement la participation des résidents autochtones des réserves. Il s'ensuit que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) ont été violés.

[34] En ce qui concerne la réparation, les juges majoritaires étaient convaincus que M. Kokopenace avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, ils ont jugé que les violations des al. 11d) et 11f) [TRADUCTION] « min[aient] nécessairement la confiance du public dans l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice » (par. 227). Ils ont donc conclu que la seule réparation adéquate était la tenue d'un nouveau procès.

[35] Le juge Rouleau, dissident, a estimé que les efforts déployés par l'Ontario étaient raisonnables compte tenu de ce que l'on savait à l'époque. Il a souligné que, pendant la période en cause dans le présent pourvoi, tout le monde avait l'impression que le faible taux de réponse était imputable aux listes désuètes. En effet, les arguments avancés par M. Kokopenace devant la Cour d'appel portaient principalement sur les failles des listes. Ce n'est qu'après la publication du rapport Iacobucci que la complexité du problème est devenue évidente. À son avis, les critiques des juges majoritaires étaient injustifiées parce qu'elles reposaient sur des renseignements dont n'avait pas connaissance l'Ontario à l'époque.

[36] Le juge Rouleau a également conclu que le faible taux de réponse ne signifiait pas que les résidents des réserves avaient moins l'occasion de

his view, the fact that on-reserve residents had declined the invitation to participate did not lead to the conclusion that Ontario had not provided an opportunity for their inclusion. Ontario's constitutional obligation did not require it to make all efforts or to make fruitless efforts: it was only required to make reasonable efforts to extend an invitation to participate. In his view, Ontario did so. He therefore found that there were no violations of ss. 11(d) or 11(f).

[37] With respect to the s. 15 claims, there were two arguments before the court. First, Mr. Kokopenace sought public interest standing to raise an equality argument on behalf of prospective jurors who were on-reserve residents. Second, he claimed that his personal s. 15 rights had been violated. The Court of Appeal unanimously rejected both claims. The court held that it was not an appropriate case in which to grant public interest standing and, with respect to Mr. Kokopenace's personal s. 15 claim, that he had provided no evidence that he suffered a disadvantage because of Ontario's actions. Consequently, neither claim could succeed.

V. Issues

[38] There are four issues before this Court:

1. How is representativeness defined and how does it factor into ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*?
2. Did Ontario meet its representativeness obligation in this case?
3. Did Ontario violate the s. 15 rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors?
4. If Mr. Kokopenace's *Charter* rights were violated, what is the appropriate remedy?

participer au processus. Selon lui, le fait que ces résidents avaient refusé l'invitation à participer ne menait pas à la conclusion que l'Ontario n'avait pas permis leur participation. L'obligation constitutionnelle de l'Ontario n'exigeait pas de lui qu'il déploie tous les efforts possibles ou fasse des efforts inutiles : il n'était tenu que de déployer des efforts raisonnables pour inviter les résidents des réserves à participer au processus. À son sens, c'est ce que l'Ontario a fait. Il a donc conclu qu'il n'y avait pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f).

[37] S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15, deux arguments ont été présentés devant le tribunal. Premièrement, M. Kokopenace a cherché à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin d'invoquer un argument relatif au droit à l'égalité au nom des candidats jurés habitant dans des réserves. Deuxièmement, il a fait valoir que ses droits personnels prévus à l'art. 15 avaient été violés. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les deux prétentions. Elle a décidé qu'il ne convenait pas en l'espèce d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et, pour ce qui est de la prétention personnelle avancée par M. Kokopenace sur le fondement de l'art. 15, ce dernier n'avait aucunement prouvé que les mesures prises par l'Ontario l'avaient défavorisé. Par conséquent, aucune des prétentions ne pouvait être retenue.

V. Questions en litige

[38] Notre Cour est saisie de quatre questions :

1. Comment la représentativité est-elle définie et comment s'inscrit-elle dans l'application des al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*?
2. L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?
3. L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?
4. S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la *Charte*, quelle est la réparation convenable?

VI. Analysis

A. *How Is Representativeness Defined and How Does It Factor Into Sections 11(d) and 11(f) of the Charter?*

(1) Defining Representativeness

[39] Representativeness is an important feature of the jury; however, its meaning is circumscribed. What is required is a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524. There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Courts have consistently rejected the idea that an accused is entitled to a particular number of individuals of his or her race on either the jury roll or petit jury: *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at pp. 517-18; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (Ont. S.C.), at pp. 40-41. As Rosenberg J.A. observed in *Church of Scientology*, at p. 121, “[w]hat is required is a process that provides a platform for the selection of a competent and impartial petit jury, ensures confidence in the jury’s verdict, and contributes to the community’s support for the criminal justice system.”

[40] As this statement indicates, representativeness is about the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. To date, the jurisprudence has discussed two key features of the jury roll process that ensure representativeness: the use of source lists that draw from a broad cross-section of society, and random selection from those sources (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 20; *Sherratt*, at p. 525; *Church of Scientology*, at p. 121). I would add a third feature to this list, namely, the delivery of notices to those who have been randomly selected. A jury roll is representative when these three features are present, provided that the state has not deliberately excluded members of a particular group. This process aims to ensure

VI. Analyse

A. *Comment la représentativité est-elle définie et comment s’inscrit-elle dans l’application des al. 11d) et 11f) de la Charte?*

(1) Définition de la représentativité

[39] La représentativité est un aspect important du jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524. Il n’existe aucun droit à une liste de jurés d’une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l’idée que l’accusé a droit à une liste de jurés ou à un petit jury composé d’un nombre précis de membres de sa race : *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), p. 517-518; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (C.S. Ont.), p. 40-41. Comme l’a fait remarquer le juge Rosenberg à la p. 121 de l’arrêt *Church of Scientology*, [TRADUCTION] « [i]l faut un processus qui fournit les outils nécessaires à la sélection d’un petit jury compétent et impartial, qui assure la confiance dans le verdict du jury et qui contribue à l’appui manifesté par la collectivité à l’égard du système de justice pénale. »

[40] Comme le montre cette affirmation, la représentativité concerne la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sa composition finale. La jurisprudence a traité à ce jour de deux caractéristiques clés de cette procédure qui garantissent la représentativité : le recours à des listes brutes issues d’un large échantillon de la société et la sélection aléatoire à partir de ces sources (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 20; *Sherratt*, p. 525; *Church of Scientology*, p. 121). J’ajouterais à cette liste une troisième caractéristique, soit la distribution des avis aux personnes choisies aléatoirement. La liste des jurés est représentative lorsque ces trois caractéristiques sont présentes, pourvu que l’État n’ait pas délibérément exclu les membres d’un

that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury: *Church of Scientology*, at p. 122. It also seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population: *ibid.*, at pp. 122-24.

[41] The first feature — the use of source lists that draw from a broad cross-section of society — aims to capture as many eligible jurors in each district as possible. A perfect source list would capture all eligible jurors and would therefore proportionately represent all eligible groups in the district. However, the *Charter* does not mandate a proportionately representative list, nor would such a requirement be feasible. Indeed, it would be virtually impossible to find a source list that meets this requirement.

[42] The second feature — random selection — focuses on the manner in which individuals are selected from the source lists for inclusion on the jury roll.¹ It ensures that everyone captured on the source lists has an equal chance of being selected for the jury roll. Consequently, representativeness cannot require a jury roll of a particular composition. This would necessitate a selection process that inquired into prospective jurors' backgrounds — a concept that is incompatible with random selection. Indeed, no province requires that its jury rolls proportionately represent the cultures, races, religions, or other individual characteristics of its inhabitants. Requiring that a jury roll proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. As the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330, at para. 22:

¹ The selection process for juries that serve in criminal jury trials differs in many respects from the selection process for coroners' juries under the *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37. These reasons pertain only to the jury selection process for criminal trials, and I make no comment on the jury selection process under the *Coroners Act*.

groupe donné. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury : *Church of Scientology*, p. 122. Il vise également à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population : *ibid.*, p. 122-124.

[41] La première caractéristique — le recours à des listes brutes issues d'un large échantillon de la société — vise à obtenir le plus grand nombre possible de personnes habiles à être jurés dans chaque district. Une liste parfaite énumérerait toutes les personnes habiles à être jurés et représenterait donc proportionnellement tous les groupes admissibles dans le district. Or, la *Charte* ne commande pas une liste proportionnellement représentative, et il ne serait pas non plus possible de respecter une telle exigence. En effet, il serait pratiquement impossible de trouver pareille liste brute.

[42] La deuxième caractéristique — la sélection aléatoire — porte sur la façon dont les personnes sont sélectionnées à partir des listes brutes pour faire partie de la liste des jurés¹. Elle garantit que toutes les personnes inscrites sur les listes brutes ont une chance égale d'être sélectionnées pour faire partie de cette liste. Par conséquent, la représentativité ne peut requérir une liste de jurés d'une composition précise. Il faudrait alors un processus de sélection où l'on se renseigne sur les caractéristiques personnelles des candidats jurés, un concept incompatible avec la sélection aléatoire. D'ailleurs, aucune province n'exige que ses listes de jurés représentent proportionnellement les cultures, races, religions ou autres caractéristiques personnelles de ses habitants. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario au par. 22 de l'arrêt *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 :

¹ Le processus de sélection des jurys dans des procès criminels diffère à bien des égards de la procédure de sélection des jurys du coroner prévue par la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, c. C.37. Les présents motifs portent uniquement sur le processus de sélection des jurys dans des procès criminels et je ne fais aucun commentaire sur la procédure de sélection des jurys prévue par la *Loi sur les coroners*.

There are an almost infinite number of characteristics that one might consider should be represented in the petit jury: age, occupation, wealth, residency, country of origin, colour, sex, sexual orientation, marital status, ability, disability and so on. It would be impossible to ensure this degree of representation in any particular jury.

[43] Although these comments were made in the context of a challenge to the composition of a petit jury, they are equally applicable to the composition of the jury roll. Even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

[44] This conclusion is reinforced by the many restrictions we accept on the representativeness of our jury rolls. First, a jury roll is compiled for every judicial district, each of which is itself an artificially drawn region. The population of a given district may not be at all representative of Canada's broader population or of the particular community within that district where the offence was committed: *Church of Scientology*, at p. 121. Second, limitations on juror eligibility result in the exclusion of non-citizens, those convicted of criminal offences, and individuals practising certain professions. Finally, in most provinces, the sheriff has the power to exempt individuals from jury service if it poses a hardship. This typically results in the exclusion of the self-employed, those living in remote areas, and low-income individuals. All of these limits have long been accepted despite their impact on representativeness.

[45] The third feature — delivery — is self-explanatory. In short, before the jury roll can be compiled, the state must deliver notices to those who have been randomly selected in order to allow them to respond. The adequacy of delivery must be assessed on the facts of each case, bearing in mind the particular challenges that this undertaking presents.

[TRANSLATION] Il existe un nombre presque infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées dans le petit jury : l'âge, la profession, la fortune, la résidence, le pays d'origine, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la capacité, l'incapacité, etc. Il serait impossible d'assurer un tel degré de représentativité dans un jury donné.

[43] Bien que ces commentaires aient été formulés dans le contexte d'une contestation de la composition d'un petit jury, ils valent tout autant pour la composition de la liste des jurés. Même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui représente entièrement les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

[44] Cette conclusion est renforcée par les nombreuses restrictions acceptées à la représentativité de nos listes de jurés. Premièrement, une liste de jurés est dressée pour chaque district judiciaire, dont chacun est en soi une région artificiellement délimitée. Il se peut que la population d'un district donné ne soit pas du tout représentative de la population générale du Canada ou de la collectivité du district où l'infraction a été commise : *Church of Scientology*, p. 121. Deuxièmement, les restrictions à l'habilité à être juré ont pour effet d'exclure les non-citoyens, les personnes reconnues coupables d'une infraction criminelle et celles qui exercent certaines professions. Enfin, dans la plupart des provinces, le shérif a le pouvoir d'exempter certaines personnes d'agir comme jurés si cela leur impose une contrainte. Cela entraîne généralement l'exclusion des travailleurs autonomes, des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu. Toutes ces restrictions sont acceptées depuis longtemps malgré leur incidence sur la représentativité.

[45] La troisième caractéristique — la distribution — se passe d'explication. En somme, avant que la liste des jurés ne puisse être dressée, l'État doit envoyer des avis aux personnes choisies aléatoirement pour leur permettre de répondre. Le caractère adéquat de la distribution doit être apprécié à la lumière des faits de chaque affaire, compte tenu des défis propres à cette entreprise.

[46] Consequently, in defining representativeness as it pertains to the jury roll, the focus is on the process, not the result. If the state has used an adequate process, the jury roll will necessarily be representative even if particular subsets of the population have few individuals on the jury roll.

(2) The Role of Representativeness Within Sections 11(d) and 11(f) of the Charter

[47] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

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

. . .

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

Although representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f), it plays a different role in these two guarantees, as I will discuss.

(a) *Section 11(d)*

[48] Since s. 11(d) focuses on the independence and impartiality of the tribunal, the role of representativeness under this guarantee is necessarily limited to its effect on these concepts. A problem with representativeness that does not undermine independence or impartiality will not violate s. 11(d). The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Accordingly, I will limit my comments to this concept.

[46] Par conséquent, pour définir la représentativité dans le contexte de la liste des jurés, il faut privilégier le processus, et non le résultat. Si l'État a eu recours à une procédure adéquate, la liste des jurés sera forcément représentative même si des groupes précis de la population y sont peu représentés.

(2) Le rôle de la représentativité dans l'application des al. 11d) et 11f) de la Charte

[47] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

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

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Bien que la représentativité relève à la fois de l'al. 11d) et de l'al. 11f), elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties, comme je vais l'expliquer plus loin.

a) *Alinéa 11d)*

[48] Puisque l'al. 11d) met l'accent sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, le rôle que joue la représentativité dans l'application de cette garantie se limite forcément à son incidence sur ces deux notions. Le problème de représentativité qui ne mine pas l'indépendance ou l'impartialité n'emportera pas violation de l'al. 11d). Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de cet alinéa. Je limiterai donc mes commentaires à cette notion.

[49] To determine whether a tribunal is impartial, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would have a reasonable apprehension of bias: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 684-91; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111-12 and 147-48. A tribunal must be impartial at both the institutional and individual levels. Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 140.

[50] Representativeness is an important guarantor of impartiality: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 46. There are two potential problems with representativeness that may impact on impartiality. First, the deliberate exclusion of a particular group would cast doubt on the integrity of the process and violate s. 11(d) by creating an appearance of partiality: *Church of Scientology*, at p. 118. Second, even when the state has not deliberately excluded individuals, the state's efforts in compiling the jury roll may be so deficient that they create an appearance of partiality: see, e.g., *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

[51] One important clarification about the relationship between representativeness and impartiality is in order. The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

[52] My colleague Cromwell J. implies at para. 238 that a petit jury drawn from a jury roll that does not include persons who share the same characteristics as the accused — here, Aboriginal on-reserve residency — will be less likely to detect and avoid the “often unconscious effects of racism”. However, there is no empirical data to support the

[49] Pour déterminer si un tribunal est impartial, il faut se demander si une personne raisonnable et bien informée des circonstances éprouverait une crainte raisonnable de partialité : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684-691; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111-112 et 147-148. Le tribunal doit être impartial tant sur le plan institutionnel qu'individuel. Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11d) si la procédure suivie pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140.

[50] La représentativité est un gage important d'impartialité : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 46. La représentativité peut avoir deux failles susceptibles d'influer sur l'impartialité. Premièrement, l'exclusion délibérée d'un groupe en particulier jetterait un doute sur l'intégrité du processus et violerait l'al. 11d) en créant une apparence de partialité : *Church of Scientology*, p. 118. Deuxièmement, même lorsque l'État n'exclut pas délibérément des personnes, les efforts qu'il déploie pour dresser la liste des jurés peuvent laisser à désirer au point de créer une apparence de partialité : voir, p. ex., *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)). Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11d).

[51] Il convient d'apporter une précision importante sur le lien entre la représentativité et l'impartialité. La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

[52] Mon collègue le juge Cromwell laisse entendre au par. 238 qu'un petit jury constitué à partir d'une liste de jurés formée de personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques que l'accusé — en l'espèce, le résident autochtone d'une réserve — sera moins susceptible de déceler et d'empêcher les « effets souvent inconscients du racisme ».

proposition that jurors of the same race as the accused are necessary to evaluate the evidence in a fair and impartial manner: *Laws*, at p. 516. The case at hand attests to this. There has been no allegation of actual bias or partiality in this case, and the Court of Appeal found that there was “no support in the circumstances of this case” for a reasonable apprehension of bias or partiality (para. 226). Moreover, there has already been a judicial finding that Mr. Kokopenace received a fair trial: *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Our criminal justice system has a strong presumption of juror impartiality — and the jury selection process contains numerous safeguards that are designed to weed out potentially biased individuals and ensure that the jurors who are selected for the petit jury will judge the case impartially: *Find*, at paras. 26 and 41-42; *Williams*, at para. 47. Contrary to Cromwell J.’s assertion, these protections have never hinged on the existence of a jury roll that proportionately represents the various groups in our society. Although Canadian courts have held that the jury roll must be representative, they have never held that it must be *proportionately* representative, as my colleague suggests.

[54] Several principles emerge from this discussion. First, the link between representativeness and s. 11(d) is restricted to the effect of representativeness on the impartiality of the tribunal. Second, and by extension, a problem with representativeness does not automatically translate into a s. 11(d) violation: one must always look at whether the state’s conduct created an appearance of bias. Finally, representativeness promotes impartiality through the process used to compile the jury roll, not through its ultimate composition.

(b) *Section 11(f)*

[55] In contrast to its limited role in s. 11(d), the role of representativeness in s. 11(f) is broader. Representativeness not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury’s role as the “conscience of the

Cependant, aucune donnée empirique ne permet d’affirmer que les jurés doivent être de la même race que l’accusé pour être en mesure d’évaluer la preuve de façon équitable et impartiale : *Laws*, p. 516. La présente affaire en est la preuve. Aucune allégation de partialité réelle n’a été formulée en l’espèce, et selon la Cour d’appel, [TRADUCTION] « rien dans les circonstances de l’espèce » ne justifie une crainte raisonnable de partialité (par. 226). En outre, un tribunal a déjà conclu que M. Kokopenace avait bénéficié d’un procès équitable : *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Il existe, au sein de notre système de justice pénale, une forte présomption d’impartialité des jurés, et le processus de sélection des jurés comporte de nombreuses mesures de protection conçues pour écarter les personnes potentiellement partiales et garantir que celles choisies pour former le petit jury jugeront l’affaire de façon impartiale : *Find*, par. 26 et 41-42; *Williams*, par. 47. Contrairement à ce qu’affirme le juge Cromwell, ces protections n’ont jamais été tributaires de l’existence d’une liste de jurés qui représente proportionnellement les différents groupes de notre société. Même si les tribunaux canadiens ont conclu que la liste des jurés devait être représentative, ils n’ont jamais affirmé qu’elle devait être *proportionnellement* représentative, comme le soutient mon collègue.

[54] Plusieurs principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, le lien entre la représentativité et l’al. 11d) se limite à l’incidence de la représentativité sur l’impartialité du tribunal. Deuxièmement, et par extension, un problème de représentativité n’emporte pas automatiquement violation de l’al. 11d) : il faut toujours examiner si la conduite de l’État a créé une apparence de partialité. Enfin, la représentativité favorise l’impartialité grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de cette liste.

b) *Alinéa 11f)*

[55] Si la représentativité joue un rôle limité dans l’application de l’al. 11d), son rôle dans l’application de l’al. 11f) est important. Non seulement la représentativité favorise l’impartialité, mais elle confère

community” and promotes public trust in the criminal justice system: *Sherratt*, at pp. 523-25; *Church of Scientology*, at pp. 118-20. Representativeness is thus a necessary component of an accused’s s. 11(f) right to a jury trial.

[56] To be able to act as the “conscience of the community” as required by s. 11(f), the jury must be representative. For the purposes of s. 11(f), the meaning of representativeness is the same as it is under s. 11(d): it protects the accused’s right to an adequate jury selection process.

[57] Although both provisions incorporate the same definition of representativeness, the broader role it plays in s. 11(f) creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), the same cannot be said about s. 11(f). Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury. As this Court held in *Sherratt*, at p. 525:

The perceived importance of the jury and the [s. 11(f)] *Charter* right to a jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. [Emphasis added.]

[58] For these reasons, a problem with representativeness will violate s. 11(f) even if it is not so serious as to undermine impartiality. That said, if a problem with representativeness does undermine impartiality, it will violate both ss. 11(d) and 11(f).

également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale : *Sherratt*, p. 523-525; *Church of Scientology*, p. 118-120. La représentativité est donc une composante essentielle du droit, reconnu à l’accusé par l’al. 11(f), à un procès devant jury.

[56] Pour pouvoir agir à titre de « conscience de la collectivité » comme l’exige l’al. 11(f), le jury doit être représentatif. Pour l’application de l’al. 11(f), la représentativité a le même sens qu’à l’al. 11(d) : elle protège le droit de l’accusé à un processus adéquat de sélection des jurés.

[57] Bien que les deux dispositions donnent le même sens à la représentativité, le rôle élargi qu’elle joue dans l’application de l’al. 11(f) crée une différence importante : bien qu’un problème de représentativité n’emporte pas nécessairement violation de l’al. 11(d), on ne peut pas en dire autant de l’al. 11(f). Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l’al. 11(f), à un procès avec jury. Tel que l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Sherratt*, p. 525 :

L’importance perçue du jury et du droit, conféré par [l’al. 11(f) de] la *Charte*, à un procès avec jury n’est qu’il-lusoire en l’absence d’une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l’ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l’impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l’impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ. [Je souligne.]

[58] Pour ces raisons, un problème de représentativité viole l’al. 11(f) même s’il n’est pas grave au point de porter atteinte à l’impartialité. Cela dit, si un problème de ce genre porte atteinte à l’impartialité, il viole tant l’al. 11(d) que l’al. 11(f).

(3) The Legal Test for Representativeness(a) *The Appropriate Test Focuses on the Process Used to Compile the Jury Roll*

[59] Representativeness focuses on the adequacy of the jury selection process. It does not require the state to ensure that any particular perspective is represented on the jury roll, nor does it require the state to ensure that its source lists proportionately represent all groups that are eligible for jury duty. It follows that the test to determine whether the state has complied with its representativeness obligation focuses on the process used throughout jury selection as opposed to the ultimate composition of the jury roll.

[60] The Court of Appeal concluded that the test is whether the state made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to participate in the jury process. With respect, I would frame the test differently. Shining the spotlight on “distinctive perspectives” is problematic and, in my view, improperly focuses on *who* is being included instead of the *process* for their inclusion. Moreover, it raises thorny questions about what qualifies as a “distinctive perspective” and what characteristics require representation — questions that are not helpful when examining if the process was adequate.

[61] As a result, I would reframe the test as follows. To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will have been provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly

(3) Le critère juridique de la représentativitéa) *Le critère applicable met l’accent sur la procédure suivie pour dresser la liste des jurés*

[59] La représentativité est axée sur le caractère adéquat du processus de sélection des jurés. Elle n’oblige pas l’État à faire en sorte qu’un point de vue en particulier soit représenté sur la liste des jurés ni à garantir que ses listes brutes représentent de façon proportionnelle tous les groupes de personnes habiles à remplir les fonctions de juré. Ainsi, le critère permettant de déterminer si l’État a respecté son obligation de représentativité met davantage l’accent sur le processus utilisé tout au long de la sélection des jurés que sur la composition finale de la liste des jurés.

[60] La Cour d’appel a conclu que le critère consiste à savoir si l’État a déployé des efforts raisonnables pour donner à des groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Soit dit en tout respect, je formulerais le critère différemment. Il est problématique de braquer les projecteurs sur les « points de vue distincts » et, à mon avis, cela met à tort l’accent sur *l’identité des personnes* inscrites sur la liste plutôt que sur le *processus* ayant mené à leur sélection. De plus, cette approche soulève des questions épineuses quant à savoir ce qui constitue un « point de vue distinct » et quelles caractéristiques doivent être représentées, questions auxquelles il n’est pas utile de répondre au moment d’examiner si le processus était adéquat.

[61] Par conséquent, je reformulerais le critère en ces termes. Pour déterminer si l’État s’est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s’il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l’État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d’un large échantillon de la société et

selected. In other words, it is the act of casting a wide net that ensures representativeness. Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll.

[62] Before elaborating on the details of this constitutional requirement, I pause to address my colleague Cromwell J.'s critique of this standard. I should not be misunderstood. There is no question that an accused is entitled, under the *Charter*, to a representative jury. I take that as a given. In defining the state's obligation as I have, I am not proposing, as Cromwell J. suggests at para. 249, that an accused is entitled to merely "a 'fair opportunity' to have a representative jury". Nor am I implying that the province need only "make 'reasonable efforts' not to [breach an accused's *Charter* rights]" (para. 250). With respect, Cromwell J.'s criticism is based on our differing views of what representativeness means in Canadian law. Because I would focus on the process used to compile the jury roll, the state's efforts are necessarily important. The reason Cromwell J. concludes that they are not is because he would define representativeness in terms of the jury roll's ultimate composition.

[63] As for my colleague Karakatsanis J., I agree with her conclusion that it is the process that determines whether an accused's right to a representative jury has been respected. However, I do not accept her suggestion that the process can be measured against a standard of objective adequacy. Rather, it is the quality of the state's efforts that will determine if the process is adequate. As the record shows, the compilation of jury rolls is a complex exercise, and many of the factors bearing on the process are not within the state's control. For example, as I will discuss, Ontario was entirely dependent on cooperation from the First Nations in order to obtain adequate lists of their on-reserve residents. According to Karakatsanis J., if the province fails to obtain adequate lists — even if that failure is due to factors outside its control — there will be a violation of representativeness. I cannot

(2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Autrement dit, c'est le fait de ratisser large qui garantit la représentativité. Elle ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés.

[62] Avant d'exposer en détail cette exigence constitutionnelle, je m'arrête ici pour répondre à la critique formulée par mon collègue le juge Cromwell au sujet de cette norme. Comprenez-moi bien. Il ne fait aucun doute que l'accusé a droit, selon la *Charte*, à un jury représentatif. Je tiens cela pour acquis. En définissant comme je l'ai fait l'obligation de l'État, je ne dis pas, comme le suggère le juge Cromwell au par. 249, que l'accusé a uniquement droit à une « "possibilité honnête" d'avoir un jury représentatif ». Je ne sous-entends pas non plus que la province n'a qu'à faire des « efforts raisonnables » pour ne pas porter atteinte aux droits reconnus à l'accusé par la *Charte* (par. 250). Soit dit en tout respect, la critique du juge Cromwell tient à notre désaccord sur le sens de la représentativité en droit canadien. Puisque je mets l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, les efforts de l'État sont forcément importants. Le juge Cromwell conclut qu'ils ne le sont pas parce qu'il définit la représentativité en fonction de la composition finale de la liste des jurés.

[63] Quant à ma collègue la juge Karakatsanis, je fais mienne sa conclusion selon laquelle c'est le processus qui détermine si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Je n'accepte cependant pas sa proposition qu'il est possible de mesurer le processus en fonction d'une norme objective du caractère adéquat. C'est plutôt la qualité des efforts déployés par l'État qui détermine si le processus est adéquat. Comme l'indique le dossier, l'établissement des listes de jurés est un exercice complexe et bon nombre des facteurs ayant une incidence sur le processus sont indépendants de la volonté de l'État. Par exemple, comme je l'expliquerai, l'Ontario dépendait entièrement de la collaboration des Premières Nations afin d'obtenir des listes adéquates de leurs membres qui vivent dans des réserves. D'après la juge Karakatsanis, lorsque la province ne parvient

accept a test that would find a violation even when the province has taken reasonable steps to compile the jury roll using random selection from broad-based lists and to deliver the notices to those who have been randomly selected.

[64] Similarly, I cannot accept Cromwell J.'s suggestion that the state must actively encourage responses or that, to this end, the state is obliged to address the distressing history of estrangement and discrimination suffered by Aboriginal peoples. There are good reasons why the state's representativeness obligation does not rise to this level and only requires a fair opportunity for participation. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. Requiring the state to target a particular group for inclusion would be a radical departure from the way the Canadian jury selection process has always been understood.

[65] In coming to this conclusion, I am in no way suggesting that the state should not take action on this pressing social problem. However, an accused's representativeness right is not the appropriate vehicle for this task. This right is held by the accused, not by societal groups. And, because the focus of representativeness is on the process, not the results, the state's constitutional obligation is satisfied by providing a fair opportunity to participate — even if part of the population declines to do so.

[66] That said, if the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate the accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. It is self-evident that the state will not have made reasonable efforts if it deliberately excludes part of the population. Deliberate exclusion

pas à obtenir de listes adéquates — même si cet échec est imputable à des facteurs indépendants de sa volonté — il y a atteinte à la représentativité. Je ne saurais retenir un critère menant à la conclusion qu'il y a atteinte même dans les cas où la province a pris des mesures raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes issues d'un large échantillon et envoyer les avis aux personnes choisies au hasard.

[64] Dans le même ordre d'idées, je ne peux accepter la proposition du juge Cromwell que l'État doit inciter activement les gens à participer et qu'il est tenu, à cette fin, de remédier à la marginalisation et à la discrimination navrantes dont ont été victimes les peuples autochtones. Il y a de bonnes raisons pour lesquelles l'obligation de représentativité de l'État ne va pas jusque là et ne requiert qu'une possibilité honnête de participer. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Obliger l'État à cibler un groupe en particulier constituerait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue du processus de sélection des jurés au Canada.

[65] En arrivant à cette conclusion, je n'affirme aucunement que l'État ne devrait pas s'occuper de ce problème social urgent. Toutefois, le droit de l'accusé à la représentativité n'est pas le bon moyen d'accomplir cette tâche. Ce droit appartient à l'accusé, non à des groupes de la société. Et, comme la représentativité est axée sur le processus plutôt que sur les résultats, l'État respecte son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer, même si une partie de la population refuse de s'en prévaloir.

[66] Cela dit, si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Il va de soi que l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables s'il exclut délibérément une partie de la population. L'exclusion délibérée mine l'intégrité du

undermines the integrity of the justice system and cannot be tolerated. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether the accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. A failure to make reasonable efforts in respect of a small segment of the population will not undermine the overall representativeness of the jury roll because there is no right to proportionate representation. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

(b) *The Process for Raising a Challenge to the Representativeness of the Jury Roll*

[67] In my view, if an accused intends to challenge the representativeness of the jury roll, the appropriate time to do so is at the outset of the trial. It is a waste of judicial time and resources to conduct an entire trial only to have representativeness challenged after the fact. Although not an exact parallel, I note that this accords with the typical process for raising a challenge to a jury panel (also known as the array) under s. 629 of the *Criminal Code*. In raising a challenge to the jury roll, the accused should provide an evidentiary basis to show that the province has not met its constitutional obligation. Nevertheless, I recognize that new evidence pointing to serious concerns about the integrity of the jury roll process may on occasion arise in the course of or after the trial. In such cases, I do not foreclose the possibility that a challenge may still be raised: see *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.).

[68] The Intervener Advocates' Society submits that, in all cases, the Crown should be required to provide pre-trial disclosure about the province's efforts to meet its representativeness obligation. With respect, I disagree. There will only be a basis to

système de justice et ne saurait être tolérée. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. L'absence d'efforts raisonnables à l'égard d'une petite couche de la population ne compromet pas la représentativité globale de la liste des jurés parce qu'il n'existe aucun droit à une représentation proportionnelle. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

b) *La marche à suivre pour contester la représentativité de la liste des jurés*

[67] À mon avis, si l'accusé a l'intention de contester la représentativité de la liste des jurés, il doit le faire au début du procès. Ne contester qu'après coup la représentativité à l'issue de tout un procès constitue un gaspillage du temps et des ressources du tribunal. Quoique le parallélisme ne soit pas parfait, je souligne que cette façon de faire est conforme à la procédure habituelle de récusation du tableau des jurés prévue à l'art. 629 du *Code criminel*. Lorsqu'il conteste la liste des jurés, l'accusé devrait fournir des éléments de preuve montrant que la province a manqué à son obligation constitutionnelle. Je reconnais néanmoins que de nouveaux éléments de preuve faisant état de graves préoccupations quant à l'intégrité de la procédure suivie pour dresser la liste des jurés peuvent parfois surgir pendant ou après le procès. Dans de tels cas, je n'écarte pas la possibilité de présenter une contestation : voir *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.).

[68] L'intervenante Advocates' Society fait valoir que le ministère public devrait être tenu dans tous les cas de fournir avant le procès de l'information sur les efforts déployés par la province pour respecter son obligation de représentativité. Avec égards,

order such disclosure if the trial judge is satisfied that there is an evidentiary foundation for the concern. Absent such foundation, a request for disclosure on this issue amounts to little more than a fishing expedition.

(c) *A Results-Based Test Must Be Rejected*

[69] With respect, I am unable to agree with the results-based test proposed by my colleague, Cromwell J. He would require that the group of individuals on the jury roll be “substantially similar” to a random selection of eligible jurors (paras. 246-47). In other words, he would afford an accused the right to a jury roll that is more or less proportionately representative of the population of eligible jurors in the relevant judicial district. In his view, the representativeness right is not concerned with either the process or with the state’s efforts: he indicates that such factors only become relevant when determining whether a breach of that right is attributable to the state.

[70] I cannot accept that an accused’s right to a representative jury entails an entitlement to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the preparation of the jury roll. Indeed, the recognition of such a right would be unprecedented in Canada. As I have explained, an accused has never been entitled to a jury roll of any particular composition, much less one that proportionately represents the broader population — and with good reason. Put simply, it would be unworkable and would spell the end of the jury system as we presently know it. More than a decade after the *Charter* was enacted, McLachlin J. (as she then was) described the problems that would flow from a requirement of proportionate representation. In her concurring reasons in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, she stated:

je ne suis pas de cet avis. Il ne sera justifié d’ordonner la communication de ces renseignements que si le juge du procès est convaincu que la préoccupation est fondée sur la preuve. Sans preuve à l’appui, une demande de communication sur ce point ne constitue guère plus qu’une recherche à l’aveuglette.

c) *Le critère fondé sur les résultats doit être rejeté*

[69] Avec égards, je ne peux souscrire au critère fondé sur les résultats que propose mon collègue le juge Cromwell. Il exigerait que le groupe de personnes figurant sur la liste des jurés « ressemble sensiblement » au résultat d’une sélection aléatoire de personnes habiles à être jurés (par. 246-247). Autrement dit, il conférerait à l’accusé le droit à une liste de jurés qui est plus ou moins proportionnellement représentative de l’ensemble des personnes habiles à être jurés dans le district judiciaire en question. Selon lui, le droit à la représentativité n’a trait ni au processus, ni aux efforts de l’État : il indique que ces facteurs ne sont utiles qu’au moment de déterminer si une atteinte à ce droit est imputable à l’État.

[70] Je ne saurais reconnaître que le droit de l’accusé à un jury représentatif emporte le droit à la représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection des jurés, notamment à celle de la confection de la liste des jurés. En effet, la reconnaissance d’un tel droit serait sans précédent au Canada. Comme je l’ai expliqué, l’accusé n’a jamais eu droit à une liste de jurés d’une composition précise, encore moins à une liste qui représente proportionnellement la population générale, et ce, pour de bonnes raisons. Ce droit serait tout simplement inapplicable et entraînerait la disparition du système de jury dans sa forme actuelle. Plus d’une décennie après l’adoption de la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décrit les problèmes qui découleraient d’une exigence de représentation proportionnelle. Voici ce qu’elle a écrit dans ses motifs concordants dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58 :

Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be “impartial, representative and competent”. I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

[71] I understand the Chief Justice to be saying that *proportionate representation* is not a constitutional imperative and would be impossible to achieve in practice. These comments are as valid today as they were 20 years ago. I see no reason for departing from them. My colleague attempts to distinguish *Biddle* on the basis that it dealt with the petit jury stage of jury selection. With respect, this distinction is irrelevant. As I have repeatedly pointed out, there is not a single case in which proportionate representation has been held to be a constitutional requirement at *any* stage of the jury selection process. The practical difficulties the Chief Justice exposed in *Biddle* apply with equal force to both the petit jury and the jury roll.

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être « impartial, représentatif et compétent ». J’admets que le jury doit être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

Exiger la représentativité d’un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l’instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l’affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue.

[71] Si j’ai bien compris les propos de la Juge en chef, la *représentation proportionnelle* n’est pas un impératif constitutionnel et constitue un objectif impossible à atteindre en pratique. Ces commentaires sont tout aussi valables aujourd’hui qu’ils l’étaient il y a 20 ans. Je ne vois aucune raison de m’en écarter. Mon collègue tente d’établir une distinction d’avec *Biddle* du fait que cette affaire portait sur l’étape de la sélection des jurés relative à la constitution du petit jury. Avec égards, cette distinction n’est pas pertinente. Comme je l’ai souligné à maintes reprises, il n’y a pas une seule décision dans laquelle le tribunal a conclu que la représentation proportionnelle était une exigence constitutionnelle à *quelque* étape *que ce soit* du processus de sélection des jurés. Les difficultés pratiques dont fait état la Juge en chef dans *Biddle* touchent autant le petit jury que la liste des jurés.

[72] Justice Cromwell recognizes the problem with defining representativeness broadly. At para. 227, he states:

. . . there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems.

[73] And yet, my colleague’s approach gives rise to the very problems that he himself characterizes as insurmountable. The only way to determine if either the source lists or the ultimate jury roll is “substantially similar” to the broader population is to inquire into the personal characteristics and backgrounds of the individuals on both the source lists and the jury roll, and then compare them to the makeup of the larger population. My colleague recognizes that this would require the province to determine “who and what needs to be represented on the jury”. But what would the focus be? Would it be race? Ethnicity? Religion? Age? Economic status? Sexual identity? How closely must the jury roll resemble the makeup of the population in a particular judicial district before it will be considered “substantially similar”? With respect, my colleague provides no answer to these questions.

[74] Inquiring into prospective jurors’ identities would be a radical departure from the way jury selection has always been understood in Canada. Source lists typically do not reveal individuals’ backgrounds. Nor do jury questionnaires ask individuals to reveal personal characteristics such as race, ethnicity, or religion. To the contrary, the jury selection process has long been based on the respect for juror privacy. Examining potential jurors’ backgrounds at the jury roll stage would impermissibly undermine this principle.

[72] Le juge Cromwell reconnaît que définir la représentativité de façon générale pose problème. Au paragraphe 227, il affirme ce qui suit :

. . . d’interminables débats s’ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques [. . .] Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d’un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d’ordre pratique insurmontables.

[73] Et pourtant, l’approche de mon collègue est à l’origine des problèmes mêmes qu’il qualifie d’insurmontables. Pour déterminer si les listes brutes ou la liste définitive des jurés « ressemblent sensiblement » à la population générale, il faut nécessairement se renseigner sur les caractéristiques et les antécédents personnels des individus figurant tant sur les listes brutes que sur la liste des jurés, et les comparer ensuite à la composition de la population générale. Mon collègue reconnaît que cela obligerait la province à établir « qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques ». Mais sur quelle caractéristique mettrait-on l’accent? Serait-ce sur la race? L’origine ethnique? La religion? L’âge? La situation économique? L’identité sexuelle? À quel point la liste des jurés et la composition de la population d’un district judiciaire en particulier doivent-elles se ressembler pour être considérées « sensiblement [semblables] »? Avec égards, mon collègue ne répond pas à ces questions.

[74] Se renseigner sur l’identité des candidats jurés représenterait un écart radical par rapport à la conception que l’on a toujours eue de la sélection des jurés au Canada. Habituellement, les listes brutes ne révèlent pas les antécédents des personnes qui y figurent. Dans les questionnaires, on ne demande pas non plus aux personnes de dévoiler leurs caractéristiques personnelles comme leur race, leur origine ethnique ou leur religion. Au contraire, le processus de sélection des jurés est fondé depuis longtemps sur le respect de la vie privée des jurés. Le fait d’examiner les antécédents des candidats jurés lorsque vient le temps de dresser la liste des jurés minerait ce principe de manière inacceptable.

[75] Furthermore, granting an accused the right to a proportionately representative jury roll, as my colleague does, would have a drastic impact on the conduct of criminal trials. Because representativeness is not concerned with securing individuals who share the accused's characteristics, it is irrelevant whether the accused is of the same background as the under-responsive group. If, as Cromwell J. suggests, the accused is entitled to a proportionately representative jury roll, defence counsel would presumably be permitted to access the source lists and the jury roll at the outset of every trial. He or she could then argue that the roll is unrepresentative if *any group's* rate of inclusion does not approximate its percentage of the broader population — assuming we could somehow solve the impenetrable problem of what groups we are talking about.

[76] The effect of this is two-fold. First, it would create a procedural quagmire at the outset of jury trials. Second, if a jury roll is found to be unrepresentative, it cannot be used for any trial — and each judicial district has only a single jury roll for a calendar year. Respectfully, adopting Cromwell J.'s expanded view of representativeness risks compromising, if not crippling, the ability to proceed with jury trials throughout the country.

[77] My colleague seeks to allay these concerns. He maintains that his results-based test will not turn the jury selection process on its head because the problem caused by s. 6(8) of the *Juries Act* is unique to Ontario. Section 6(8) makes the problem with the underrepresentation of on-reserve residents visible in Ontario; he would therefore place heightened obligations on that province.

[78] With respect, it is artificial to suggest that the impact of my colleague's test can be confined to the problem that the s. 6(8) process has revealed. There is likely underrepresentation of on-reserve residents in other provinces, although the problem may be

[75] De plus, conférer à l'accusé le droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, comme le fait mon collègue, aurait une incidence radicale sur le déroulement des procès criminels. Puisque la représentativité ne vise pas à garantir que des personnes ayant les mêmes caractéristiques que l'accusé figureront sur la liste des jurés, il est inutile de déterminer si l'accusé provient du même milieu que le groupe sous-représenté. Si, comme le suggère le juge Cromwell, l'accusé a droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, l'avocat de la défense serait vraisemblablement autorisé à consulter les listes brutes et la liste des jurés au début de chaque procès. Il pourrait ensuite prétendre que la liste n'est pas représentative si le taux de participation de *quelque groupe que ce soit* ne correspond pas à peu près à son pourcentage de la population générale — à supposer que nous puissions régler d'une quelconque façon la question insoluble de savoir de quel groupe il s'agit.

[76] Cette approche a un double effet. Premièrement, elle créerait un borbier procédural au début des procès devant jury. Deuxièmement, s'il s'avère qu'une liste de jurés n'est pas représentative, elle ne peut être utilisée pour aucun procès — et chaque district judiciaire ne possède qu'une seule liste de jurés pour une année civile. Soit dit en tout respect, si l'on adopte la conception élargie qu'a le juge Cromwell de la représentativité, cela risque de compromettre, voire d'anéantir, la capacité de tenir des procès devant jury partout au pays.

[77] Mon collègue cherche à dissiper ces craintes. Il soutient que son critère fondé sur les résultats ne bouleversera pas le processus de sélection des jurés parce que le problème posé par le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* est propre à l'Ontario. Le paragraphe 6(8) dévoile le problème de la sous-représentation des résidents des réserves en Ontario; le juge Cromwell est donc d'avis d'imposer des obligations accrues à cette province.

[78] Avec égards, il est factice de laisser entendre que le critère de mon collègue n'aura d'incidence que sur le problème mis au jour par le processus établi au par. 6(8). Les résidents des réserves dans d'autres provinces sont sans doute sous-représentés,

less visible. One need only consider the Iacobucci Report to realize this. Either representativeness means actual proportionate representation of the community or it does not. It cannot be the case that the *Charter* protects an accused's right to a jury that proportionately represents groups whose numbers on the jury roll are readily identifiable from available data, but provides little or no assurance of proportionality for groups whose numbers on the jury roll are not so apparent. I cannot agree with my colleague's assertion that his test can be confined to situations involving s. 6(8). In my view, it has much broader implications.

[79] My colleague takes a similar approach to the concern that his test will open the floodgates and give rise to regular and persistent challenges to the jury roll on the basis that it is not proportionately representative. He purports to overcome this concern by offering a simple solution. At paras. 228-29, he states:

These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. . . .

The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

[80] I have two comments about this.

[81] First, my colleague's solution is problematic. An accused who does not know that his constitutional right to a representative jury is being breached, and who has no meaningful way of finding out, is left in the unsatisfactory position of having a right without a remedy.

bien que ce problème soit peut-être moins apparent. On n'a qu'à étudier le rapport Iacobucci pour s'en rendre compte. Soit la représentativité s'entend de la représentation proportionnelle de la collectivité, soit elle n'a pas cette acception. Il est impossible que la *Charte* protège le droit de l'accusé à un jury qui représente proportionnellement des groupes dont le nombre de membres inscrits sur la liste des jurés peut être facilement établi à l'aide des données disponibles, mais n'assure guère ou pas du tout la représentation proportionnelle des groupes dont le nombre de membres figurant sur la liste des jurés n'est pas aussi évident. Je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue selon laquelle son critère peut être limité aux situations mettant en cause le par. 6(8). À mon sens, ce critère a des ramifications beaucoup plus larges.

[79] Mon collègue aborde de la même façon la crainte que son critère déclenche un déluge et donnera lieu à des contestations périodiques et constantes de la liste des jurés au motif qu'elle n'est pas proportionnellement représentative. Il dit surmonter cette crainte en proposant une solution simple. Voici ce qu'il affirme aux par. 228-229 :

Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. . .

Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

[80] J'ai deux choses à dire à ce sujet.

[81] Tout d'abord, la solution proposée par mon collègue pose problème. L'accusé qui n'est pas au courant de l'atteinte à son droit constitutionnel à un jury représentatif et qui ne peut pas vraiment la découvrir se trouve dans la situation insatisfaisante de la personne qui jouit d'un droit tout en étant privée d'un recours pour le faire respecter.

[82] With respect, I find it incongruous to tell an accused in one breath that he has an important constitutional right and, in the next, render it virtually impossible for him to establish that the right has been infringed. My colleague’s approach to jury representativeness rises and falls with the actual makeup of the jury roll: the characteristics of the individuals on the jury roll would determine whether the accused’s right has been respected. And yet, the data that bears on this crucial question is information that the state cannot legitimately seek out without obliterating our long-held commitment to juror privacy — a principle that my colleague agrees should be maintained. Any test that contains such an inherent contradiction is one that should be rejected.

[83] Second, if my colleague’s test were to prevail, I believe that trial judges would set a low bar for an accused to challenge the representativeness of a jury roll — and it would be far less difficult to meet the required threshold than my colleague suggests. And before long, the jury selection process would become a public inquiry into the historical and cultural wrongs and damaged relationships between particular societal groups and our criminal justice system and the failings of the state to take adequate steps to address them. In turn, this would make it virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country — and the administration of criminal justice would suffer a devastating blow.

[84] My colleague responds to this concern by noting that in *Williams*, this Court rejected “slippery slope” arguments that were advanced to oppose efforts to “guard against racism in jury selection” — and yet “the sky has not fallen” (para. 239). He contends that his proposal will have a similarly minor effect on jury trials. With respect, the comparison to *Williams* is flawed.

[85] Unlike my colleague’s proposed test, *Williams* did not involve a significant change to the law governing the jury selection process. The issue in

[82] En toute déférence, il me paraît incongru de dire à l’accusé qu’il jouit d’un important droit constitutionnel et de l’empêcher pratiquement, du même souffle, d’établir qu’il y a eu atteinte à ce droit. La conception qu’a mon collègue de la représentativité du jury dépend de la composition de la liste des jurés : les caractéristiques des personnes inscrites sur la liste indiqueraient si le droit de l’accusé a été respecté. Or, les données qui se rapportent à cette question cruciale sont des renseignements que l’État ne peut légitimement chercher à obtenir sans effacer notre engagement de longue date envers la protection de la vie privée des jurés, un principe qui doit être maintenu, ce dont convient mon collègue. Tout critère qui comporte cette contradiction inhérente doit être rejeté.

[83] Ensuite, si l’on retenait le critère de mon collègue, je crois que le juge du procès fixerait une norme peu exigeante pour l’accusé qui conteste la représentativité d’une liste de jurés et il serait beaucoup plus facile d’atteindre le seuil applicable que l’affirme mon collègue. Et le processus de sélection des jurés deviendrait en peu de temps une enquête publique sur les torts culturels causés dans le passé, la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale ainsi que l’omission de l’État de prendre les mesures qui s’imposent pour remédier à ces maux. Il serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays, et l’administration de la justice pénale en souffrirait énormément.

[84] Mon collègue répond à cette préoccupation en soulignant que dans *Williams*, la Cour a rejeté les arguments du « doigt dans l’engrenage » avancés à l’encontre des mesures visant à « contrer le racisme dans la sélection des jurés » et « le ciel ne nous est pas tombé sur la tête » pour autant (par. 239). Il soutient que sa proposition aura une incidence tout aussi mineure sur les procès devant jury. Soit dit en tout respect, la comparaison avec l’arrêt *Williams* est viciée.

[85] Contrairement au test proposé par mon collègue, l’arrêt *Williams* n’a pas entraîné une modification importante du droit applicable au processus

Williams was whether an accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause based on widespread racial bias against Aboriginal people amongst members of the community. The challenge for cause process is a long-standing feature of the Canadian jury selection process. *Williams* simply decided that a particular type of challenge was permissible within the existing challenge for cause framework. Thus, the issue in *Williams* was a narrow one, with limited potential to destabilize our jury system. It must be remembered that a challenge for cause typically involves asking prospective jurors a single question, to which a “yes” or “no” response is required. It does not entail an invasion of privacy or a departure from random selection, nor does it have a significant impact on the jury selection process.

[86] The same cannot be said of my colleague’s approach. To require a proportionately representative jury roll, as he does, would be unprecedented. As I have discussed at length, proportionate representation has never been a feature of our jury selection process. Adopting his suggestion would do away with other well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would have an inquisition into prospective jurors’ backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. This would entail a complete overhaul of our jury selection process. In short, he proposes a sea change in the law — one with far-reaching effects.

[87] Finally, I wish to address my colleague’s assertion that in expressing concerns about his proposed test, I am “oppos[ing] efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection” (para. 239). Nothing could be further from the truth. I firmly believe that the state should do as much as it can to overcome the systemic issues that

de sélection des jurés. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer si l’accusé devait être autorisé à demander la récusation motivée de candidats jurés sur le fondement de l’existence de préjugés raciaux largement répandus chez les membres de la collectivité contre les Autochtones. Le processus de récusation motivée est une caractéristique de longue date du processus canadien de sélection des jurés. La Cour a simplement décidé dans *Williams* qu’un type particulier de récusation était permis dans le cadre du régime existant de récusation motivée. En conséquence, la question soulevée dans *Williams* était une question étroite, peu susceptible de déstabiliser notre système de jury. Il faut se rappeler que la demande de récusation motivée consiste généralement à poser aux candidats jurés une seule question, à laquelle ils doivent répondre par « oui » ou par « non ». Elle n’entraîne pas d’atteinte à la vie privée ni de dérogation à la sélection aléatoire, et elle n’a pas non plus d’incidence importante sur le processus de sélection des jurés.

[86] On ne peut pas en dire autant de l’approche préconisée par mon collègue. Exiger comme il le fait une liste de jurés proportionnellement représentative serait sans précédent. Comme je l’ai expliqué en détail, la représentation proportionnelle n’a jamais constitué une caractéristique de notre processus de sélection des jurés. Adopter la solution qu’il propose reviendrait à écarter d’autres principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l’obligation pour l’État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Cela donnerait lieu à un remaniement complet de notre processus de sélection des jurés. En bref, il propose une modification radicale du droit — modification dont les effets auraient une grande portée.

[87] Enfin, je tiens à aborder l’affirmation de mon collègue selon laquelle, en exprimant des préoccupations à l’égard du critère qu’il propose, je « [m]’oppos[e] aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés » (par. 239). Rien ne saurait être plus loin de la vérité. Je crois fermement que

have led Aboriginal peoples to mistrust and decline to participate in our justice system. Hopefully that process of healing and reconciliation will occur in the foreseeable future.

[88] In the meantime, what are we to do about jury trials? Are we to force Aboriginal people to participate under threat of imprisonment? Are we to carve out special rules allowing Aboriginal people to volunteer for jury duty, and thereby destroy the concept of randomness that is vital to our jury selection process in criminal trials? Are we to say that an Aboriginal on-reserve resident from the District of Kenora facing charges in Toronto or a similar district with no Aboriginal on-reserve population should be entitled to a change of venue? Are we to say that such an individual cannot get a fair trial in Toronto? Are we to say that other marginalized groups that have similarly strong grievances with our justice system can only get a fair trial if the jury roll proportionately reflects their numbers in a given community? These concerns are real, and my colleague provides no answer to them. He states that there are “many obvious concrete and practical steps that could be taken” to address the problem of low response rates from Aboriginal on-reserve residents (para. 240). However, none of these suggestions address the concerns about his proportionate representation requirement that have been raised by myself and many others — including the current Chief Justice in her reasons in *Biddle*. With respect, the criticism that my colleague levels against me — that I am using “slippery slope” arguments as a means of opposing efforts to confront racism in the jury selection process — is both unfair and unwarranted.

l'État doit faire tout ce qu'il peut pour surmonter les problèmes systémiques qui ont amené les Autochtones à se méfier de notre système de justice et à refuser d'y participer. Ce processus de guérison et de réconciliation s'opérera, espérons-le, dans un avenir prévisible.

[88] Entre-temps, que doit-on faire à propos des procès devant jury? Devons-nous forcer les Autochtones à y participer, sous peine d'emprisonnement? Nous faut-il établir des règles spéciales qui leur permettent de se porter volontaires pour agir comme jurés et abolir par le fait même le principe de la sélection aléatoire, principe essentiel à notre processus de sélection des jurés dans les procès criminels? Faut-il en conclure que le résident autochtone d'une réserve du district de Kenora qui fait l'objet d'accusations à Toronto ou dans un district semblable — où il n'y a pas d'Autochtones vivant dans des réserves — devrait avoir droit à un changement du lieu du procès? Est-ce à dire qu'une telle personne ne peut bénéficier d'un procès équitable à Toronto? Devons-nous en conclure que d'autres groupes marginalisés ayant des griefs tout aussi solides à l'encontre de notre système de justice ne peuvent bénéficier d'un procès équitable que si la liste des jurés est proportionnellement représentative du nombre de membres de ces groupes dans une collectivité donnée? Ces préoccupations sont réelles, et mon collègue n'y répond aucunement. Selon lui, « [i]l existe de nombreux moyens évidents de s'attaquer concrètement » au problème du faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves (par. 240). Cependant, aucune de ces suggestions ne répond aux préoccupations relatives à l'exigence de représentation proportionnelle qu'il propose, préoccupations que moi-même et bien d'autres avons exprimées, notamment la juge en chef actuelle dans les motifs qu'elle a rédigés dans *Biddle*. Avec égards, la critique de mon collègue à mon endroit — selon laquelle je me sers des arguments du « doigt dans l'engrenage » pour m'opposer aux efforts visant à contrer le racisme dans le processus de sélection des jurés — est à la fois injuste et non fondée.

(d) *A “Functional Approach” Must Be Rejected*

[89] My colleague Karakatsanis J. concludes that representativeness describes “the functioning of the jury as an institution” (para. 151) and that an accused’s right to a representative jury will be violated only when “society would no longer accept that a jury chosen from [the jury roll] could legitimately act on its behalf” (para. 161). She explains that this will occur where an accused can establish the “[i]ntentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll” (para. 173). Alternatively, she states that “[s]ubstantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society” (*ibid.*).

[90] With respect, I have two concerns with this approach.

[91] First, the test my colleague proposes is amorphous and will prove difficult, if not impossible, to apply. It uses vague language, and provides little or no guidance to trial judges. Absent guidance, we are left to ask: When will society no longer accept that a jury chosen from a particular roll could legitimately act on its behalf?

[92] Second, under the guise of broadening the test for representativeness and the state’s attendant constitutional obligations, my colleague proposes a test that would hold the state accountable for factors outside of its control. Under her test, the state will not have met its constitutional obligation if a group comprising a significant portion of a judicial district’s population refuses to participate in the jury process — even if the state has made reasonable efforts to provide that group with a fair opportunity to do so. With respect, I cannot accept such a test.

d) *Il faut rejeter l’« interprétation fonctionnelle »*

[89] Ma collègue la juge Karakatsanis conclut que la représentativité décrit « le fonctionnement du jury en tant qu’institution » (par. 151) et qu’il y a violation du droit de l’accusé à un jury représentatif uniquement lorsque « la société n’admettrait plus qu’un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom » (par. 161). Selon elle, c’est ce qui arrive lorsque l’accusé peut établir l’« exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés » (par. 173). Subsidièrement, elle affirme qu’une « exclusion importante, bien qu’involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière » (*ibid.*).

[90] En toute déférence, cette approche me préoccupe à deux égards.

[91] Premièrement, le critère que propose ma collègue est flou et il s’avérera difficile, voire impossible, à appliquer. Il emploie des termes vagues et ne donne que peu ou pas d’indications aux juges de première instance. En l’absence d’indications, il faut se poser la question suivante : à quel moment la société n’admettra-t-elle plus qu’un jury constitué à partir d’une liste donnée puisse légitimement agir en son nom?

[92] Deuxièmement, sous prétexte d’élargir le critère de la représentativité et les obligations constitutionnelles de l’État qui s’y rattachent, ma collègue propose un critère qui tient l’État responsable de facteurs indépendants de sa volonté. Suivant ce critère, l’État ne respecte pas son obligation constitutionnelle si un groupe qui représente une portion importante de la population d’un district judiciaire refuse de participer au processus de sélection des jurés, même si l’État a déployé des efforts raisonnables pour donner à ce groupe une possibilité honnête d’y prendre part. Soit dit en tout respect, je ne peux accepter un tel critère.

B. *Did Ontario Meet Its Representativeness Obligation in This Case?*

[93] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred in three respects in concluding that Ontario failed to make reasonable efforts. I will discuss each in turn. These three errors of law were central to the majority's reasoning process and undermine their conclusions. Properly analyzed, while not perfect, Ontario's efforts were reasonable.

(1) The Legal Errors in the Majority's Reasons

(a) *The Legal Test*

[94] The principal error in the majority's approach was its reliance on a test that imposed too high a standard. Both LaForme and Goudge J.J.A. required Ontario to go beyond making reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of the population, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. Rather, they applied a standard that obliged Ontario to actively encourage responses from Aboriginal on-reserve residents by investigating and addressing other causes of the low response rates.

[95] The high standard applied by the majority flowed from their incorrect definition of representativeness. Both judges defined representativeness in relation to the ultimate makeup of the jury roll as opposed to the process used to compile it. Because they defined representativeness in relation to the makeup of the jury roll, the majority concluded that increased efforts were required in the face of low response rates and found that, without such efforts, the jury roll would be unrepresentative. This conclusion does not necessarily follow. To the extent the low rate of return was caused by problems with the source lists or delivery, Ontario was obliged to make reasonable efforts to address the problem. Such

B. *L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?*

[93] Soit dit en tout respect, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis trois erreurs en concluant que l'Ontario n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. J'analyserai chacune de ces erreurs à tour de rôle. Ces trois erreurs de droit étaient au cœur du raisonnement des juges majoritaires et minaient leurs conclusions. Il appert d'une analyse adéquate que les efforts de l'Ontario, à défaut d'être parfaits, étaient raisonnables.

(1) Les erreurs de droit relevées dans les motifs des juges majoritaires

a) *Le critère juridique*

[94] La principale erreur que les juges majoritaires ont commise dans leur approche était de s'être fondés sur un critère qui imposait une norme trop élevée. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux exigé de l'Ontario qu'il fasse davantage que de déployer des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la population et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Ils ont plutôt appliqué une norme qui obligeait l'Ontario à encourager activement la participation des résidents autochtones des réserves en étudiant les autres causes du faible taux de réponse et en s'y attaquant.

[95] Les juges majoritaires ont appliqué une norme élevée parce qu'ils avaient mal défini la représentativité. Ils l'ont tous deux définie par rapport à la composition finale de la liste des jurés plutôt qu'au processus utilisé pour l'établir. Comme ils ont défini la représentativité en fonction de la composition de la liste des jurés, les juges majoritaires ont conclu qu'il fallait redoubler d'efforts vu le faible taux de réponse et que, sans de tels efforts, la liste des jurés ne serait pas représentative. Ce n'est pas la conclusion qu'il faut nécessairement tirer. Dans la mesure où le faible taux de réponse était attribuable aux failles des listes brutes ou de la distribution, l'Ontario devait déployer des efforts

problems are part of the process, and are therefore part of Ontario's obligation to provide a fair opportunity. However, Ontario was not required to address any and all causes of the low response rates. It was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. With respect, the majority erred in concluding that Ontario was required to do so.

[96] Moreover, the majority improperly held that Ontario had an obligation to actively encourage responses in order to overcome the low response rates. Ontario's failure to do so was one of the crucial factors underpinning the majority's conclusion that Ontario "ignored" the problem and failed to make reasonable efforts. However, Ontario was not obliged to encourage responses. Its constitutional obligation was satisfied by providing a fair opportunity to participate.

(b) *The Honour of the Crown and Gladue Principles*

[97] The majority also erred by holding that the analysis of Ontario's efforts must be informed by both the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system, as discussed in *Gladue*, and the honour of the Crown. There are two reasons why these considerations should not have been taken into account.

[98] First, the honour of the Crown and *Gladue* principles should not have been considered because neither is relevant to the state's obligation to make reasonable efforts to compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society and deliver jury notices to those who have been randomly selected.

raisonnables pour résoudre le problème. Ces failles font partie du processus et s'inscrivent donc dans l'obligation de l'Ontario de donner une possibilité honnête. Cependant, l'Ontario n'était pas tenu de s'attaquer à toutes les causes du faible taux de réponse. Il n'était pas non plus obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Avec égards, les juges majoritaires ont conclu à tort que l'Ontario devait agir ainsi.

[96] En outre, les juges majoritaires ont décidé irrégulièrement que l'Ontario avait l'obligation d'encourager activement les gens à répondre afin de remédier au faible taux de réponse. L'omission de l'Ontario de le faire était l'un des facteurs cruciaux sous-tendant la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'Ontario avait [TRADUCTION] « négligé » le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. Il n'était cependant pas tenu d'encourager la participation. Il a respecté son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer.

(b) *L'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans Gladue*

[97] Les juges majoritaires ont aussi fait erreur en concluant que l'analyse des efforts de l'Ontario devait tenir compte à la fois de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale, thème dont il est question dans l'arrêt *Gladue*, et de l'honneur de la Couronne. Il existe deux raisons pour lesquelles ces considérations n'auraient pas dû être prises en compte.

[98] Premièrement, l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue* n'auraient pas dû être pris en considération parce qu'ils n'ont aucun lien avec l'obligation de l'État de déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard.

[99] Second, the majority incorrectly held that the honour of the Crown was engaged simply because s. 6(8) of the *Juries Act* calls on the government to treat Aboriginal on-reserve residents differently for the purposes of jury selection. While it is true that s. 6(8) deals specifically with Aboriginal on-reserve residents, at bottom, it is an administrative provision. The typical process for compiling jury rolls under s. 6(2) of the *Juries Act* relies on lists that do not capture on-reserve residents. Section 6(8) therefore provides a mechanism for including individuals residing on reserves. It does not create a particular obligation to Aboriginal peoples, nor does it create a need for consultation between the Crown and Aboriginal groups. In these circumstances, the honour of the Crown is not engaged. As this Court emphasized in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 72, not all interactions between the Crown and Aboriginal peoples engage the honour of the Crown:

... the obligation must be explicitly owed to an Aboriginal group. The honour of the Crown will not be engaged by a constitutional obligation in which Aboriginal peoples simply have a strong interest. Nor will it be engaged by a constitutional obligation owed to a group partially composed of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples are part of Canada, and they do not have special status with respect to constitutional obligations owed to Canadians as a whole. But a constitutional obligation explicitly directed at an Aboriginal group invokes its “special relationship” with the Crown . . . [Citation omitted.]

[100] Given that s. 6(8) is an administrative provision governing the creation of the jury roll, it does not meet this criterion. While s. 6(8) is one of the vehicles through which the state fulfils its constitutional obligations under s. 11 of the *Charter*, it is not itself a constitutional obligation. Moreover, s. 11 rights are held by everyone, not merely by Aboriginal peoples. Section 6(8) therefore does not engage

[99] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu à tort que l’honneur de la Couronne était engagé du simple fait que le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* oblige le gouvernement à traiter différemment les Autochtones qui vivent dans une réserve pour les besoins de la sélection des jurés. Certes, le par. 6(8) porte expressément sur ces Autochtones, mais il s’agit au fond d’une disposition administrative. La procédure régulière de confection des listes de jurés en application du par. 6(2) de la *Loi sur les jurys* s’exécute au moyen de listes où ne figurent pas les résidents des réserves. Le paragraphe 6(8) prévoit donc un mécanisme pour les inclure. Il ne crée pas une obligation particulière envers les peuples autochtones ni un besoin de consultation entre la Couronne et les groupes autochtones. Dans ces circonstances, l’honneur de la Couronne n’est pas engagé. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 72, l’honneur de la Couronne n’entre pas en jeu dans toutes les interactions entre la Couronne et les peuples autochtones :

... il doit être explicite que le créancier de l’obligation est un groupe autochtone. L’honneur de la Couronne ne saurait être engagé par une obligation constitutionnelle ayant simplement une grande importance pour les peuples autochtones. Il ne saurait non plus être engagé par une obligation constitutionnelle de la Couronne à l’égard d’un groupe composé partiellement d’Autochtones. Les Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d’un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l’égard de l’ensemble des Canadiens. Cependant, l’obligation constitutionnelle qui vise explicitement un groupe autochtone s’appuie sur la « relation spéciale » de ce groupe avec la Couronne . . . [Référence omise.]

[100] Vu que le par. 6(8) est une disposition administrative régissant la création de la liste des jurés, il ne répond pas à ce critère. Bien que ce paragraphe soit l’un des moyens par lesquels l’État s’acquitte des obligations constitutionnelles que lui impose l’art. 11 de la *Charte*, il n’est pas une obligation constitutionnelle en soi. De plus, les droits garantis par l’art. 11 appartiennent à tous et pas seulement

the honour of the Crown, and the majority erred by using this doctrine to inform its analysis.

[101] By relying on the honour of the Crown and *Gladue* principles, the majority transformed the accused's s. 11 *Charter* rights into a vehicle for repairing the long-standing rupture between Aboriginal groups and Canada's justice system. In doing so, it raised the bar Ontario was obliged to meet to satisfy its representativeness obligation.

[102] This higher standard led the majority to conclude that Ontario was required to engage with First Nations on a government-to-government basis to address the low response rates. It therefore held that Ontario failed to live up to its obligation because it delegated its s. 6(8) duties in the District of Kenora to Ms. Loohuizen. This finding was incorrect. Given that the honour of the Crown was not applicable, there was nothing inappropriate about delegating these duties. In fact, the *Juries Act* explicitly contemplates a local "sheriff" carrying them out.

(c) *The Iacobucci Report*

[103] The majority's third error was its use of hindsight reasoning based on the Iacobucci Report. At the relevant time, it was widely believed that the low response rates were caused by difficulties obtaining accurate lists. This belief endured long after the 2008 jury roll was compiled: see, e.g., *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, at paras. 68-69. As Rouleau J.A. noted, the parties' arguments before the Court of Appeal indicated that they also viewed the lists as the principal cause of the low response rates.

[104] The Iacobucci Report was released while the Court of Appeal had this appeal under reserve.

aux Autochtones. Le paragraphe 6(8) n'engage donc pas l'honneur de la Couronne et les juges majoritaires ont commis une erreur en utilisant cette règle de droit pour guider leur analyse.

[101] En se fondant sur l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue*, les juges majoritaires ont transformé les droits reconnus à l'accusé par l'art. 11 de la *Charte* en un moyen de combler le fossé de longue date entre les groupes autochtones et le système de justice canadien. Ce faisant, ils ont haussé la norme à laquelle devait répondre l'Ontario pour s'acquitter de son obligation de représentativité.

[102] Cette norme plus élevée a amené les juges majoritaires à conclure que l'Ontario devait transiger avec les Premières Nations dans une relation de gouvernement à gouvernement pour s'attaquer au faible taux de réponse. Ils ont donc jugé que l'Ontario ne s'était pas acquitté de son obligation parce qu'il avait délégué à M^{me} Loohuizen les responsabilités qu'il devait assumer dans le district de Kenora aux termes du par. 6(8). Cette conclusion était erronée. Puisque l'honneur de la Couronne n'entraîne pas en jeu, la délégation de ces responsabilités n'avait rien d'inapproprié. En fait, la *Loi sur les jurys* prévoit explicitement l'exercice de ces responsabilités par le « shérif » local.

c) *Le rapport Iacobucci*

[103] La troisième erreur que les juges majoritaires ont commise a été de faire un examen rétrospectif fondé sur le rapport Iacobucci. À l'époque en cause, on croyait généralement que le faible taux de réponse était imputable aux difficultés à obtenir des listes à jour. Cette croyance a perduré bien après l'établissement de la liste des jurés de 2008 : voir, p. ex., *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, par. 68-69. Comme l'a fait remarquer le juge Rouleau, il appert des arguments présentés par les parties devant la Cour d'appel qu'elles considéraient également les listes comme la principale cause du faible taux de réponse.

[104] Le rapport Iacobucci a été rendu public après que la Cour d'appel eut pris la présente affaire

Only after the report was released did it become apparent that the cause of the low response rates was highly complex:

... an examination of that problem [the underrepresentation of individuals living on reserves on Ontario's jury rolls] leads inexorably to a set of broader and systemic issues that are at the heart of the current dysfunctional relationship between Ontario's justice system and Aboriginal peoples in this province. It is these broad problems that must be tackled if we are to make any significant progress in dealing with the underrepresentation of First Nations individuals on juries. [para. 15]

[105] The majority relied on these findings to inform its analysis. This was problematic for two reasons. First, in doing so, it did not analyze Ontario's actions in light of what was understood at the time. Second, even if the conclusions of the Iacobucci Report had been known at the time, Ontario's representativeness obligation would not have required it to address the systemic issues revealed by the report.

(2) Ontario's Efforts Were Reasonable

[106] Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, Ontario's efforts were reasonable. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. I will assess Ontario's efforts against these three markers.

(a) *The Lists*

[107] Two of the judges at the Court of Appeal — Goudge and Rouleau J.J.A. — concluded that Ontario's efforts to address the outdated lists were reasonable. I agree. Although the lists were imperfect, Ontario made reasonable efforts to use updated lists of on-reserve residents. Ms. Loohuizen's attempts to obtain updated lists were persistent and demonstrated a sincere effort to include on-reserve residents.

en délibéré. Ce n'est qu'après la publication du rapport qu'il est devenu évident que la cause du faible taux de réponse était très complexe :

L'examen de ce problème [la sous-représentation en Ontario, sur les listes des jurés, des personnes qui vivent dans des réserves] soulève toutefois inévitablement une série de questions plus vastes, systémiques, qui sont au cœur même des présentes relations dysfonctionnelles entre le système judiciaire ontarien et les Autochtones de cette province. Ce sont ces questions de fond auxquelles nous devons trouver une réponse si nous voulons réellement améliorer la représentation des membres des Premières Nations au sein des jurys. [par. 15]

[105] Les juges majoritaires se sont fondés sur ces conclusions pour guider leur analyse. Cela posait problème pour deux raisons. Tout d'abord, ce faisant, ils n'ont pas analysé les mesures prises par l'Ontario à la lumière de ce que l'on savait à l'époque. Ensuite, même si les conclusions du rapport Iacobucci avaient été connues à l'époque, l'obligation de représentativité de l'Ontario n'aurait pas exigé de lui qu'il s'attaque aux problèmes systémiques dévoilés par le rapport.

(2) Les efforts de l'Ontario étaient raisonnables

[106] Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les efforts de l'Ontario étaient raisonnables. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Je vais évaluer les efforts de l'Ontario par rapport à ces trois balises.

a) *Les listes*

[107] Deux des juges de la Cour d'appel — les juges Goudge et Rouleau — ont conclu que les efforts déployés par l'Ontario pour résoudre le problème des listes désuètes étaient raisonnables. Je partage leur opinion. Les listes étaient imparfaites, mais l'Ontario a fait des efforts raisonnables pour utiliser des listes à jour des résidents des réserves. Madame Loohuizen a tenté sans relâche d'obtenir des listes à jour et s'est sincèrement efforcée d'inclure ces résidents.

[108] In 2001, Ms. Loohuizen assumed responsibility for the entire cycle of jury selection and requested updated lists from the 42 reserves for which she had INAC lists from the year 2000. In addition to contacting the chiefs, she also contacted the director of Nishnawbe-Aski Legal Services and, on two occasions, attempted to enlist the help of the Deputy Grand Chief of the Nishnawbe Aski Nation. Thus, even at this early stage, she was exploring various avenues for obtaining lists. However, these efforts were unsuccessful and no new lists were obtained.

[109] Although she did not send another request for lists until 2006, this in itself is not objectionable. It must be remembered that the MPAC lists used for off-reserve residents are only updated every three years. Significantly, in the intervening period, Ms. Loohuizen's efforts to address the problem did not stop. In 2004, she conducted a brainstorming session with Stach J., Justice of the Peace Morrison (an Aboriginal Elder), and two of her superiors in the CSD. The session explored, among other things, ways to obtain better lists. After the meeting, Ms. Loohuizen reached out to Justice of the Peace Morrison to ask for his assistance in contacting the Treaty 3 and Treaty 9 communities in the District of Kenora, but received no response.

[110] When she attempted to obtain updated lists in 2006, Ms. Loohuizen contacted the reserves by fax. If she had difficulty reaching reserves in this manner, she attempted to contact the reserves by letter instead. She obtained four updated lists in response to these attempts. As well, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased 42 percent beyond their proportionate share in an attempt to offset the problems with the lists. These efforts show a meaningful attempt to obtain updated lists and to provide a fair opportunity for the participation of Aboriginal on-reserve residents.

[111] In 2007 (during preparations for the 2008 jury roll), the PJC calculated the Aboriginal on-reserve response rate for the first time since 1993.

[108] En 2001, M^{me} Loohuizen s'est occupée de tout le processus de sélection des jurés et a demandé des listes à jour aux 42 réserves pour lesquelles elle détenait des listes d'AINC remontant à l'année 2000. Elle a communiqué non seulement avec les chefs, mais aussi avec le directeur des Services juridiques de la Nation Nishnawbe Aski et, deux fois, elle a demandé l'aide du grand chef adjoint de cette nation. Par conséquent, même à ce stade précoce, elle examinait différents moyens d'obtenir les listes. Cependant, ces efforts se sont avérés vains et aucune nouvelle liste n'a été obtenue.

[109] Madame Loohuizen n'a pas envoyé d'autre demande de listes avant 2006, mais cela n'est pas en soi inacceptable. Il faut se rappeler que les listes de la SEFM utilisées pour les résidents hors réserve sont mises à jour seulement tous les trois ans. Fait important, M^{me} Loohuizen n'a pas cessé entre-temps de s'attaquer au problème. En 2004, elle a tenu une séance de remue-méninges avec le juge Stach, le juge de paix Morrison (un aîné autochtone) et deux de ses supérieurs à la DST. Durant la séance, ils ont étudié, entre autres, des moyens d'obtenir de meilleures listes. Après la réunion, M^{me} Loohuizen a demandé au juge de paix Morrison de l'aider à entrer en contact avec les collectivités visées par les traités n^{os} 3 et 9 dans le district de Kenora, mais elle n'a reçu aucune réponse de sa part.

[110] Lorsqu'elle a tenté d'obtenir des listes à jour en 2006, M^{me} Loohuizen a transmis aux réserves une lettre par télécopieur. Si elle avait de la difficulté à communiquer avec elles de cette manière, elle essayait alors de leur envoyer une lettre par courrier. Elle a obtenu quatre listes à jour en réponse à ces démarches. De plus, on a envoyé aux résidents des réserves 42 p. 100 plus de questionnaires que leur proportion de la population générale dans le but de compenser les failles des listes. Ces efforts témoignent d'une véritable volonté d'obtenir des listes à jour et de donner aux Autochtones résidant dans les réserves une possibilité honnête de participer.

[111] En 2007 (pendant l'établissement de la liste des jurés de 2008), le CPSJ a calculé, pour la première fois depuis 1993, le taux de réponse des

The 1993 response rate had been 33 percent; the new statistics showed that the response rate had fallen to 10.7 percent. When Ms. Loohuizen was informed of the results, she raised the problem with both Stach J. and her superiors in the CSD, and she increased her efforts to obtain updated lists. In addition to contacting the 43 reserves to which she had sent requests in the previous year, she visited 15 remote reserves to meet with band leadership to discuss the jury process, the province's desire to include more Aboriginal people on jury rolls, and the difficulties obtaining updated band lists. She received eight new band lists in response to these efforts. Despite follow-up letters and phone calls to the other seven reserves, no lists were obtained from those communities.

[112] Ms. Loohuizen also attempted to arrange meetings with the chiefs of four reserves that were close to the city of Kenora, and successfully met with two of them. In addition, she tried to arrange in-person meetings or phone calls with 10 other reserves to discuss the jury issue. These efforts did not result in any updated lists. Again, she followed up with these reserves by sending letters and making phone calls to attempt to secure updated lists. With respect to one reserve alone, she made five follow-up phone calls. This can hardly be described as a situation like *Nahdee*, in which the state simply accepted non-response from the reserves. Rather, Ms. Loohuizen's efforts were both diligent and persistent. Furthermore, to compensate for the problems with the outdated lists, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased by almost 50 percent.

[113] Taken together, these efforts were a reasonable approach to the problems with the lists. Yet despite these steps, the respondent argues that the flaws with the lists rendered Ontario's efforts unsatisfactory. With respect, I do not accept this argument.

Autochtones vivant dans les réserves. En 1993, le taux de réponse était de 33 p. 100; les nouvelles données ont révélé que le taux de réponse avait chuté à 10,7 p. 100. Quand M^{me} Loohuizen a été informée des résultats, elle a signalé le problème au juge Stach et à ses supérieurs à la DST, et a redoublé d'efforts pour obtenir des listes à jour. En plus de communiquer avec les 43 réserves auxquelles elle avait envoyé des demandes l'année précédente, elle a visité 15 réserves éloignées pour rencontrer les dirigeants des bandes et discuter du processus de sélection des jurés, du désir de la province d'inscrire davantage d'Autochtones sur les listes de jurés et des difficultés à obtenir des listes de bandes à jour. Elle a reçu huit nouvelles listes de bandes à la suite de ces efforts. Bien qu'elle ait envoyé des lettres de suivi aux sept autres réserves et qu'elle les ait appelées, elle n'a reçu aucune liste de leur part.

[112] Madame Loohuizen a aussi essayé d'organiser des rencontres avec les chefs de quatre réserves situées à proximité de la ville de Kenora et deux d'entre eux ont accepté de la rencontrer. De plus, elle a tenté d'organiser des rencontres en personne ou des appels téléphoniques avec les représentants de 10 autres réserves pour discuter de la question des jurés. Madame Loohuizen n'a obtenu aucune liste à jour par suite de ces efforts. Encore une fois, elle a effectué un suivi auprès de ces réserves en leur envoyant des lettres et en les appelant dans le but de recueillir des listes à jour. Elle a fait cinq appels de suivi à l'égard d'une seule réserve. Cette situation ne peut guère être comparée à celle qui prévalait dans l'affaire *Nahdee*, où l'État a simplement accepté l'absence de réponse des réserves. Madame Loohuizen a plutôt essayé avec diligence et persistance d'obtenir des listes. Qui plus est, on a envoyé presque 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves pour compenser les failles des listes désuètes.

[113] Ensemble, ces efforts constituaient une façon raisonnable de traiter les failles des listes. Or, malgré les mesures prises, l'intimé prétend que les lacunes des listes rendaient insatisfaisants les efforts de l'Ontario. Avec égards, je ne peux me rendre à cet argument.

[114] First and most importantly, Ontario's constitutional obligation does not depend on obtaining perfect lists. The focus is on the efforts to provide an opportunity for participation. As the evidence shows, Ms. Loohuizen's efforts showed a real awareness of the problem. She did the best she could with the lists she received and made ongoing and escalating efforts over the years to obtain better source lists.

[115] In addition, the respondent overstates the significance of the confusion about the boundaries of the judicial district. Ms. Loohuizen had no lists for four reserves because she was unaware that they fell within the District of Kenora. This was evidently a problem. Ontario should have provided better training so that the reserves in the district could be properly identified. However, this oversight affected a relatively small proportion of the reserves. Meaningful efforts were made to include 42 of the 46 reserves. I cannot say that the absence of lists for four reserves was serious enough to create a breach of Ontario's representativeness obligations.

[116] Finally, I take issue with Cromwell J.'s suggestion that the province is constitutionally required to succeed — as opposed to make reasonable efforts — in obtaining accurate source lists. I do not accept his conclusion that compiling the source lists is “quintessentially a state function” and that reasonable efforts by the province therefore cannot save any deficiencies (para. 266). Respectfully, this suggestion rests on a misunderstanding of what the province can and cannot control.

[117] As the record indicates, although Ontario had a great deal of responsibility for the lists, it could only obtain lists of on-reserve residents from the reserves themselves. It had no independent access to this information. Regardless of Ontario's efforts, if the reserves refused to provide source lists for s. 6(8) purposes, the province had no other way of obtaining them. Laying any and all deficiencies at the province's feet paints an inaccurate picture.

[114] Premièrement — et c'est la raison la plus importante —, l'Ontario n'a pas à obtenir de listes parfaites pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle. Ce qui importe, ce sont les efforts déployés pour donner la possibilité de participer. Tel que le révèle la preuve, M^{me} Loohuizen a démontré par ses efforts qu'elle connaissait réellement le problème. Elle a fait de son mieux avec les listes reçues et a sans cesse redoublé d'efforts au fil des ans pour obtenir de meilleures listes brutes.

[115] En outre, l'intimé exagère l'importance de la confusion entourant les limites du district judiciaire. Madame Loohuizen ne disposait d'aucune liste pour quatre réserves parce qu'elle ignorait que celles-ci faisaient partie du district de Kenora. Cela posait manifestement problème. L'Ontario aurait dû offrir une meilleure formation pour que les réserves situées dans ce district puissent être correctement identifiées. Par contre, cette erreur a touché une proportion relativement faible des réserves. De véritables efforts ont été déployés pour inclure 42 des 46 réserves. Je ne peux affirmer que l'absence de listes pour quatre réserves était suffisamment grave pour constituer un manquement à l'obligation de représentativité de l'Ontario.

[116] Enfin, je suis en désaccord avec la suggestion de mon collègue le juge Cromwell que la Constitution oblige la province à réussir à obtenir des listes brutes exactes, plutôt qu'à simplement déployer des efforts raisonnables à cette fin. Je n'accepte pas sa conclusion que la compilation des listes brutes est « ressortie essentiellement à l'État » et que les efforts raisonnables déployés par la province ne peuvent donc pas sauvegarder une lacune (par. 266). Soit dit en tout respect, cette suggestion tient à une méprise sur ce que la province peut et ne peut maîtriser.

[117] Comme l'indique le dossier, l'Ontario assumait une grande responsabilité à l'égard des listes, mais il ne pouvait obtenir des listes de résidents des réserves que des réserves elles-mêmes. Il ne pouvait pas recueillir lui-même ces renseignements. Peu importe les efforts déployés par l'Ontario, cette province n'avait aucun autre moyen d'obtenir les listes brutes si les réserves refusaient de les lui fournir pour l'application du par. 6(8). Imputer toutes ces

As I have explained, the compilation of source lists is not something over which Ontario had complete control. For that reason, I am of the view that the appropriate test must focus on the state's efforts, not on whether it succeeded in obtaining updated lists.

[118] In sum, Ontario's efforts to obtain updated lists were reasonable. I am therefore satisfied that Ontario met its representativeness obligation in this regard. This accords with the findings of both Goudge and Rouleau J.J.A.

(b) *The Delivery*

[119] At the Court of Appeal, only Goudge J.A. treated delivery as a separate consideration from the lists. In my view, the evidence renders it virtually impossible to do so. The evidence about mail delivery on reserves indicates that the likelihood of notices reaching the intended recipients was directly linked to the accuracy of the lists. The outdated lists increased the likelihood that notices would be sent to individuals who were no longer residing on a reserve. In these cases, the postal clerks would not be able to deliver them and they would be returned as undeliverable by the post office. The comparatively high number of undeliverable questionnaires must therefore be seen as a symptom of the outdated lists. As I have concluded that the efforts to address the lists were reasonable, I need not address this point further.

[120] As with the lists, Cromwell J. concludes that delivery is "quintessentially a state responsibility" (para. 269). Even if that were so, delivery cannot be disassociated from the lists. Moreover, the post office is not within the province's control, and the province cannot force individuals to pick up their mail. Like the lists, delivery is not entirely within the province's control and a reasonable efforts test is all that is required.

lacunes à la province donne un portrait inexact de la réalité. Comme je l'ai expliqué, la compilation des listes brutes n'est pas entièrement sous l'emprise de l'Ontario. C'est pourquoi j'estime que le bon critère doit être axé sur les efforts de l'État et non sur la question de savoir s'il est parvenu à obtenir des listes à jour.

[118] En résumé, les efforts déployés par l'Ontario pour obtenir des listes à jour étaient raisonnables. Je suis donc convaincu qu'il a respecté son obligation de représentativité à cet égard. Cette conclusion concorde avec celles des juges Goudge et Rouleau.

b) *La distribution*

[119] En Cour d'appel, seul le juge Goudge a analysé la distribution séparément des listes. À mon avis, la preuve fait en sorte qu'il est pratiquement impossible de le faire. La preuve relative à la distribution du courrier dans les réserves indique plutôt que la probabilité que les destinataires reçoivent les avis est directement liée à l'exactitude des listes. La désuétude des listes faisait accroître le risque que les avis soient envoyés à des personnes qui n'habitaient plus dans une réserve. Dans ces cas-là, les commis des postes n'étaient pas en mesure de les distribuer et les avis en question étaient donc retournés à l'expéditeur par le bureau de poste avec la mention « non livrable ». Il faut considérer le nombre relativement élevé de questionnaires non livrables comme un symptôme des listes désuètes. Ayant conclu que les efforts déployés pour résoudre le problème des listes étaient raisonnables, je n'ai pas à m'attarder sur ce point.

[120] Tout comme dans le cas des listes, le juge Cromwell conclut que leur distribution « ressortit [. . .] essentiellement à l'État » (par. 269). Même s'il en était ainsi, la distribution ne peut être dissociée des listes. Qui plus est, le bureau de poste ne relève pas de la province; de plus, cette dernière ne peut obliger les particuliers à ramasser leur courrier. À l'instar des listes, leur distribution n'est pas entièrement du ressort de la province et le critère des efforts raisonnables est tout ce qui est requis.

[121] In this regard, I note that the province did not simply throw up its hands upon learning of the problems with delivery. Rather, it took an aggressive approach. After consulting with Stach J., it increased the number of notices sent to on-reserve residents by nearly 50 percent. In my view, this was a reasonable response to the delivery problems. To the extent the majority of the Court of Appeal concluded otherwise, as I have said, their factual findings were based on a legal test that imposed too high a standard on Ontario. Accordingly, those findings are not entitled to deference.

(c) *The Low Response Rates*

[122] Ontario's approach to addressing the low response rates was the factor that drew the most serious criticism from the majority at the Court of Appeal. However, to meet its constitutional mandate, Ontario was only required to address the ways in which the problems with the source lists and delivery contributed to the low response rates. As I have described, it made reasonable efforts to do so. It was not obliged to address the systemic factors that the Iacobucci Report indicates are at the heart of this problem.

[123] The respondent argues that Ontario should have investigated the cause of the low response rates earlier. According to the respondent, Ontario's failure to do so renders its efforts to address the low response rates inadequate. I do not accept this argument.

[124] The respondent submits that if the interim and final reports required under PDB #563 had been filed and if the PJC had analyzed the data it was collecting about the rate of response from on-reserve residents earlier, Ontario could have taken action sooner. While it is true that Ontario could have enforced the reporting requirements and run the data earlier, I fail to see how this would have been of assistance. Both of these measures would simply have confirmed what was already known — that on-reserve residents were responding in markedly lower numbers. Neither of these steps would

[121] À cet égard, je constate que la province n'a pas tout simplement lancé la serviette en découvrant les problèmes de distribution. Elle s'est plutôt attaquée à ces problèmes avec énergie. Après avoir consulté le juge Stach, elle a envoyé près de 50 p. 100 de plus d'avis aux résidents des réserves. Il s'agit là, selon moi, d'une réponse raisonnable aux problèmes de distribution. Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu le contraire, comme je l'ai dit, leurs conclusions de fait reposaient sur un critère juridique qui imposait une norme trop élevée à l'Ontario. Ces conclusions ne commandent donc aucune déférence.

c) *Le faible taux de réponse*

[122] La stratégie adoptée par l'Ontario pour contrer le faible taux de réponse était le facteur qui a suscité les critiques les plus sévères de la part des juges majoritaires de la Cour d'appel. Or, pour respecter son mandat constitutionnel, l'Ontario était uniquement tenu d'examiner les façons dont les failles des listes brutes et les problèmes de distribution ont contribué au faible taux de réponse. Comme je l'ai expliqué, il a déployé des efforts raisonnables à cette fin. Il n'était pas obligé d'examiner les facteurs systémiques qui, selon le rapport Iacobucci, sont au cœur de ce problème.

[123] L'intimé prétend que l'Ontario aurait dû étudier plus tôt la cause du faible taux de réponse. Toujours selon l'intimé, cette omission de l'Ontario rend inadéquats les efforts qu'il a faits pour contrer le faible taux de réponse. Je rejette cet argument.

[124] L'intimé soutient que, si les rapports provisoires et finaux exigés par la PDB n° 563 avaient été déposés et si le CPSJ avait analysé plus tôt les données qu'il recueillait à propos du taux de réponse des personnes résidant dans les réserves, l'Ontario aurait pu agir plus rapidement. Certes, l'Ontario aurait pu appliquer les exigences en matière de déclaration et traiter les données plus tôt, mais je ne vois pas en quoi cela aurait été utile. Ces deux mesures auraient simplement permis de confirmer ce que l'on savait déjà : les résidents des réserves répondaient en bien moins grand nombre.

have shed light on the causes of the low response rates. At the time, everyone believed the problem was attributable to the flawed lists. Efforts were being directed to rectifying that problem. Had Ontario known of the precise data about the low response rates, I fail to see how it would have changed the approach. Moreover, even if the province had known about the systemic problems sooner, its constitutional obligations would not have required it to address them.

(3) Conclusion on the Sufficiency of Ontario's Efforts

[125] Ontario made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury process. I therefore conclude that there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

[126] As we now know, the problem runs much deeper than flawed lists. The Iacobucci Report concludes, at para. 209, that “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history”. This is a serious policy concern that merits attention. But the accused’s ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to redress this concern. The accused’s right to be tried by a jury of his peers is a right aimed at securing a fair adjudicative process. It cannot be used to dictate to the government how it should — let alone *must* — resolve important policy questions of this nature. For the purposes of ss. 11(d) and 11(f), the state’s constitutional obligation stops when it has provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. It has done so.

[127] In coming to this conclusion, I wish to emphasize that nothing in these reasons should be

Aucune de ces mesures n’aurait permis d’en apprendre davantage sur les causes de ce faible taux de réponse. À l’époque, tout le monde croyait que le problème était attribuable aux listes lacunaires. Des efforts étaient faits pour corriger ce problème. J’ai du mal à voir comment l’Ontario aurait modifié sa stratégie s’il avait été au courant des données précises relatives au faible taux de réponse des résidents des réserves. De plus, même si la province avait eu connaissance plus tôt des problèmes systémiques, ses obligations constitutionnelles ne l’auraient pas contraint à s’y attaquer.

(3) Conclusion sur le caractère suffisant des efforts de l’Ontario

[125] L’Ontario a déployé des efforts raisonnables pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés. Je conclus donc qu’il n’y a pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*.

[126] Comme nous le savons maintenant, le problème dépasse largement les listes lacunaires. Le rapport Iacobucci conclut en son par. 209 que « le principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu[e] sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire ». Voilà une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu’on s’y attarde. Cependant, les droits garantis à l’accusé par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation. Le droit de l’accusé d’être jugé par un jury formé de ses pairs vise à garantir un processus décisionnel équitable. Il ne saurait être utilisé pour dicter au gouvernement comment il devrait — encore moins *doit* — résoudre des questions importantes de politique générale de cette nature. Pour l’application des al. 11(d) et 11(f), l’obligation constitutionnelle de l’État cesse lorsqu’il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. C’est ce qu’il a fait.

[127] En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne doit être

taken as suggesting that it would be appropriate for Ontario to stall its efforts to address the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system. As this Court has noted on many occasions, the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system is a pressing matter. If reconciliation is ever to be achieved, the state's efforts must not only continue; they must increase. But this Court is not a commission of inquiry, and its role is not to dictate to the government how to resolve this issue. The question facing us is whether the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights were violated. Viewed through that narrow lens, the state's efforts were sufficient.

C. *Did Ontario Violate the Section 15 Rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal On-Reserve Residents Who Were Potential Jurors?*

[128] For the reasons given by the Court of Appeal, I would dismiss Mr. Kokopenace's s. 15 claims. With respect to his personal s. 15 claim, he has not clearly articulated a disadvantage. This is fatal to his claim. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, I would not accede to this request. As an accused person, Mr. Kokopenace may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors. If a challenge is to be raised on their behalf, there must be an opportunity for their views to be represented. Like the Court of Appeal, I would therefore decline to grant public interest standing and dismiss his claim on behalf of potential jurors.

considéré comme suggérant qu'il serait opportun pour l'Ontario d'interrompre ses efforts visant à résoudre le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury. Comme l'a souligné la Cour à maintes reprises, la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice est une question urgente. Pour qu'il y ait réconciliation un jour, l'État doit non seulement poursuivre ses efforts, mais redoubler d'efforts. Cependant, notre Cour n'est pas une commission d'enquête, et il ne lui appartient pas de dicter au gouvernement comment il doit résoudre ce problème. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir si les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* ont été violés. Vus sous cet angle étroit, les efforts de l'État étaient suffisants.

C. *L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?*

[128] Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. S'agissant de la prétention personnelle que M. Kokopenace a avancée sur le fondement de l'art. 15, il n'a pas clairement formulé de désavantage, ce qui porte un coup fatal à sa prétention. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, je n'y accède pas. En tant qu'accusé, M. Kokopenace risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés. Si une contestation est présentée en leur nom, ils doivent se voir accorder la possibilité de se faire entendre. Tout comme la Cour d'appel, je refuse donc de lui accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et je rejette la réclamation qu'il a déposée au nom des candidats jurés.

D. *If Mr. Kokopenace's Charter Rights Were Violated, What Is the Appropriate Remedy?*

[129] As I have concluded, there were no *Charter* violations. Mr. Kokopenace received a fair trial by an impartial and representative jury. Accordingly, it is not necessary to address the question of remedy.

VII. Disposition

[130] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and reinstate Mr. Kokopenace's conviction.

The following are the reasons delivered by

[131] KARAKATSANIS J. — Aboriginal people are dramatically overrepresented in our justice system as offenders and victims, but participate at much lower rates than non-Aboriginal people as jurors. Canadian society is deprived and diminished by this reality, the causes of which are deeply rooted and complex. This appeal requires this Court to determine whether the low presence of Aboriginal on-reserve residents on the 2008 jury roll for the District of Kenora violated Mr. Kokopenace's fair trial rights, as protected by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[132] In answering this question, the Court must decide the scope of the *Charter* right to a trial by jury and whether s. 11 is the appropriate constitutional tool for addressing the damaged relationship between Aboriginal peoples and the justice system in Canada.

[133] I conclude that, despite the difficulties I will discuss with its compilation, the 2008 Kenora jury roll met the constitutional standards imposed by s. 11 of the *Charter*. In so deciding, I respectfully disagree with the approaches to representativeness adopted by each of my colleagues. Unlike

D. *S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la Charte, quelle est la réparation convenable?*

[129] Comme je l'ai conclu, il n'y a eu aucune violation de la *Charte*. Monsieur Kokopenace a bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial et représentatif. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la réparation.

VII. Dispositif

[130] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Kokopenace.

Version française des motifs rendus par

[131] LA JUGE KARAKATSANIS — Les Autochtones sont considérablement surreprésentés dans notre système de justice en tant que contrevenants et victimes, mais ils y participent comme jurés à des taux beaucoup plus faibles que les non-Autochtones. Cette réalité, dont les causes sont profondément enracinées et complexes, affaiblit et appauvrit la société canadienne. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la faible présence de résidents autochtones d'une réserve sur la liste des jurés du district de Kenora pour 2008 a violé les droits de M. Kokopenace à un procès équitable, garantis par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[132] Pour répondre à cette question, la Cour doit statuer sur la portée du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* et décider si l'art. 11 est l'outil constitutionnel approprié pour réparer la relation mise à mal entre les Autochtones et le système de justice au Canada.

[133] Je conclus qu'en dépit des difficultés dont je traiterai plus loin en ce qui concerne sa confection, la liste des jurés de Kenora pour 2008 satisfaisait aux normes constitutionnelles qu'impose l'art. 11 de la *Charte*. En arrivant à cette décision, j'exprime respectueusement mon désaccord avec

Cromwell J., I cannot accept that representativeness requires a jury roll to substantially resemble a random selection of eligible jurors drawn from the community. I view representativeness as primarily concerned with the jury's function rather than the degree to which a jury roll reflects the particular make-up of the community. Understood in light of the jury's history and purpose, a jury represents society in the sense that it acts on its behalf.

[134] Nor can I agree with Moldaver J.'s view that representativeness only requires the state to make reasonable efforts to compile the jury roll through a fair process, without regard for the outcome of those efforts. A *Charter* breach is not defined by the state's efforts, but by the adequacy of the process actually used. Furthermore, unlike my colleague, I leave open the possibility that, even where an appropriate process is used, unintentional but substantial exclusion could undermine the legitimacy, independence and impartiality of a jury roll, thereby rendering it unrepresentative. Thus, I conclude that s. 11 requires the state to compile the jury roll through a random process that draws broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

I. Background

[135] In 2008, Clifford Kokopenace was tried before judge and jury in the Ontario Superior Court of Justice in Kenora, where he was acquitted of second degree murder but found guilty of the lesser included offence of manslaughter. His challenge to the representativeness of the jury roll was raised after conviction but before sentencing. It was argued for the first time on appeal.

[136] Before the Ontario Court of Appeal, Mr. Kokopenace argued that the jury that found him guilty was derived from a jury roll that inadequately

les approches adoptées par chacun de mes collègues quant à la représentativité. Contrairement au juge Cromwell, je ne puis accepter que la représentativité nécessite une liste de jurés qui ressemble sensiblement à une sélection au hasard de jurés admissibles issus de la collectivité. À mon sens, la représentativité s'attache principalement à la fonction du jury plutôt qu'à la mesure dans laquelle la liste des jurés reflète la composition particulière de la collectivité. Considéré à la lumière de son histoire et de sa raison d'être, le jury représente la société en ce sens qu'il agit en son nom.

[134] Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion du juge Moldaver que la représentativité oblige seulement l'État à déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés au moyen d'un processus équitable, sans égard au résultat de ces efforts. Une violation de la *Charte* se définit non pas par les efforts de l'État, mais par le caractère adéquat du processus utilisé. En outre, contrairement à mon collègue, je n'écarte pas la possibilité que, même en cas d'utilisation d'une procédure convenable, une exclusion involontaire mais importante sape la légitimité, l'indépendance et l'impartialité d'une liste de jurés, rendant celle-ci non représentative. Je conclus donc que, selon l'art. 11, l'État doit établir la liste des jurés au moyen d'un processus aléatoire qui puise largement dans la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

I. Contexte

[135] En 2008, Clifford Kokopenace a subi un procès devant juge et jury en Cour supérieure de justice de l'Ontario à Kenora, où il a été acquitté de meurtre au deuxième degré, mais reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a contesté la représentativité de la liste des jurés après la déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de la peine. Cette contestation a été plaidée pour la première fois en appel.

[136] En Cour d'appel de l'Ontario, M. Kokopenace a soutenu que le jury qui l'avait reconnu coupable avait été constitué à partir d'une

ensured representation of Aboriginal on-reserve residents. He argued that this violated his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter*. Fresh evidence was admitted on this issue, including *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (Iacobucci Report), released on February 26, 2013, while the Court of Appeal's decision was under reserve.

[137] The Court of Appeal issued three sets of reasons, and divided on both the findings of facts and the ultimate disposition of the appeal. LaForme and Goudge JJ.A., writing separate reasons for the majority, found that the accused's rights under s. 11(d) and (f) were breached. They reached this conclusion on the basis that the state did not make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll from which jurors were chosen. Rouleau J.A., dissenting, adopted the majority's test of representativeness but found that despite imperfections in compiling the jury roll, the state's efforts were reasonable in the circumstances. All three judges dismissed Mr. Kokopenace's s. 15 claims for want of evidence and lack of standing: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analysis

[138] This appeal highlights a stark reality in Ontario: the low participation rate of Aboriginal people in the province's jury rolls. The evidence in this case is that this problem is serious and worsening: in 2008, only 4.1 percent of those on the District of Kenora jury roll were Aboriginal people residing on reserves, though the on-reserve adult population comprises between 21.5 percent to 31.8 percent of the district's total adult population. This situation is tragic, both in its causes and its effects. The Iacobucci Report found that the negative impact of the criminal justice system on Aboriginal peoples' communities, cultures, laws and lives has left many

liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Il a prétendu que cette situation violait les droits que lui garantissaient les al. 11d) et 11f) et l'art. 15 de la *Charte*. De nouveaux éléments de preuve ont été admis sur cette question, y compris un rapport intitulé *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (rapport Iacobucci), publié le 26 février 2013, alors que la Cour d'appel n'avait pas encore rendu sa décision.

[137] La Cour d'appel a rendu trois opinions et était partagée quant aux conclusions de fait et à l'issue de l'appel. Auteurs des motifs distincts de la majorité, les juges LaForme et Goudge ont conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) avaient été violés. Ils sont arrivés à cette conclusion parce que, selon eux, l'État n'avait pas déployé d'efforts raisonnables en vue de donner aux points de vue particuliers des résidents autochtones d'une réserve une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés à partir de laquelle les jurés ont été choisis. Le juge Rouleau, dissident, a souscrit au critère de représentativité retenu par les juges majoritaires, mais il a conclu que, malgré les imperfections dans la confection de la liste des jurés, les efforts de l'État étaient raisonnables au vu des circonstances. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15, faute de preuve et de qualité pour agir : 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analyse

[138] Le présent pourvoi met en lumière une dure réalité en Ontario : le faible taux de participation des Autochtones dans l'établissement des listes de jurés de la province. La preuve en l'espèce montre que ce problème est sérieux et qu'il va en s'aggravant : en 2008, seulement 4,1 p. 100 des personnes inscrites sur la liste des jurés du district de Kenora étaient des résidents autochtones d'une réserve, alors que les résidents adultes d'une réserve représentent de 21,5 p. 100 à 31,8 p. 100 de la population adulte totale du district. Cette situation est tragique, à la fois de par ses causes et ses effets. Le rapport Iacobucci conclut que les répercussions négatives

feeling alienated from this system, and the under-representation of Aboriginal peoples on jury rolls is only one manifestation of this much larger problem (para. 209). Unfortunately, lack of participation in the criminal justice system only deepens the divide.

[139] There is no doubt that the long-standing grievances underlying this disengagement should be addressed. The alienation of Aboriginal peoples from the justice system is a problem that runs deep in Canadian society, and is one that may very well have constitutional implications. However, I agree with the Court of Appeal, for the reasons given by my colleague Moldaver J., that this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal people under s. 15 of the *Charter* are implicated as a result of this alienation and under-representation.

[140] Moreover, in my view, the right of an accused to a fair trial by jury is not the appropriate mechanism to indirectly address the historic and current grievances of First Nations. A challenge to representativeness of a jury roll asks a much narrower question, viewed from the perspective of an accused's fair trial rights: whether a segment of society's low participation on the jury roll undermines a trial by an otherwise independent, impartial, competent jury.

[141] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

du système de justice pénale sur les communautés, les cultures, les lois et les vies des Autochtones font en sorte qu'un grand nombre d'entre eux se sentent écartés de ce système, et que la sous-représentation des Autochtones sur les listes de jurés n'est qu'une manifestation parmi d'autres de ce problème beaucoup plus vaste (par. 209). Malheureusement, l'absence de participation dans le système de justice pénale ne fait qu'approfondir le clivage.

[139] La nécessité de répondre aux doléances de longue date qui sous-tendent ce désengagement ne fait aucun doute. L'aliénation des Autochtones à l'égard du système de justice est un problème profondément enraciné dans la société canadienne, et ce problème pourrait fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel, pour les motifs donnés par mon collègue le juge Moldaver, qu'il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux Autochtones sont en cause par suite de cette aliénation et de cette sous-représentation.

[140] Qui plus est, j'estime que le droit de l'accusé à un procès équitable avec jury n'est pas le bon moyen de répondre indirectement aux doléances historiques et actuelles des Premières Nations. La contestation de la représentativité d'une liste de jurés pose une question beaucoup plus étroite, considérée du point de vue des droits de l'accusé à un procès équitable : la faible participation d'un segment de la société dans l'établissement de la liste des jurés fait-elle obstacle à un procès devant un jury par ailleurs indépendant, impartial et compétent?

[141] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

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

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[142] The issue in this case is whether the accused's right to a trial by jury was breached. In my view, this right does not entitle an accused to a jury or a jury roll that proportionately reflects all of the various perspectives and characteristics in society. Rather, it requires a jury that can act on behalf of society. In order for the jury to function as a representative of society in the criminal justice system, the jury roll must be compiled through a neutral process in which random selection is applied to source lists that draw broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. Such a process provides a platform for the selection of an impartial and independent jury. That requirement was met in this case. Moreover, there is no real dispute that Mr. Kokopenace received a verdict from a jury that was independent and impartial: C.A. reasons, at para. 226. I am satisfied that his fair trial rights protected by s. 11(d) were not breached. As I will explain, I am also satisfied that his right to trial by jury under s. 11(f) was not infringed.

A. *The Essential Features of Trial by Jury*

[143] While the *Charter* protects the right to trial by jury, it does not define what exactly this right entails. Thus, it is helpful to return to the historical roots of trial by jury, and to its functions and purposes.

[144] The jury system forms part of the bedrock of the Canadian legal system. It was introduced to Canada as part of the common law of England. The 18th century jurist William Blackstone extolled the virtues of the jury, writing that “the founders of the

f) sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[142] En l’espèce, il s’agit de décider s’il y a eu atteinte au droit de l’accusé à un procès avec jury. À mon avis, ce droit ne garantit pas à l’accusé un jury ou une liste de jurés qui reflète proportionnellement tous les points de vue et toutes les caractéristiques que l’on trouve dans la société. Il exige plutôt un jury qui peut agir au nom de la société. Pour que le jury puisse fonctionner en tant que représentant de la société dans le système de justice pénale, la liste des jurés doit être dressée au moyen d’un processus neutre dans lequel une sélection aléatoire est appliquée à des listes brutes produites à partir d’un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Un tel processus fournit les assises de la constitution d’un jury impartial et indépendant. Cette exigence a été remplie en l’espèce. Qui plus est, personne ne conteste vraiment que M. Kokopenace a reçu un verdict d’un jury indépendant et impartial : motifs de la C.A., par. 226. Je suis convaincue que ses droits à un procès équitable, garantis par l’al. 11d), n’ont pas été violés. Comme je l’expliquerai plus loin, je suis également convaincue qu’il n’y a pas eu atteinte au droit à un procès avec jury que lui garantit l’al. 11f).

A. *Les caractéristiques essentielles du procès avec jury*

[143] Bien que la *Charte* protège le droit à un procès avec jury, elle ne précise pas ce que ce droit suppose au juste. Il est donc utile de revoir les origines historiques du procès avec jury, ses fonctions et sa raison d’être.

[144] Le système de jury fait partie des fondements du système judiciaire canadien. Il a été introduit au Canada en tant qu’élément de la common law d’Angleterre. Le juriste William Blackstone, qui a vécu au dix-huitième siècle, a vanté les mérites du

English laws have with excellent forecraft contrived . . . that the truth of every accusation . . . should afterwards be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbours, indifferently chosen, and superior to all suspicion”: *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 343.

[145] Blackstone’s reference to “equals and neighbours” must be understood in a very limited sense. When Blackstone wrote in the 1760s, this referred to propertied men, or lords where a lord stood accused: *Commentaries on the Laws of England* (1768), Book III, at p. 349. When the jury system was brought to Canada as part of the English common law, the requirements of gender and property persisted: R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), at pp. 45 and 135.

[146] Restrictions on gender persisted until the 1970s, when the last Canadian provinces amended their legislation to permit women to serve as jurors. For much of Canadian history, Aboriginal people were systemically excluded from serving on juries due to the combined effects of racism, denial of the franchise to Aboriginal people, and exclusion of reserves from source lists: see, for example, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at pp. 378-79.

[147] These exclusions reflect prejudices that have no place in the administration of justice, and that would not be countenanced in the modern jury system. Indeed, they would today be seen as deliberate exclusions that violate an accused’s rights under s. 11(d) and (f) of the *Charter*. As this difficult history illustrates, society has moved away from an identity-based conception of the jury. There are compelling reasons for so doing. Individuals can have multiple, intersecting identities or characteristics that are not susceptible to simple categorization. The very notion of identity itself is constantly in flux. Thus, selecting prospective jurors on the

jury, écrivant que [TRADUCTION] « les fondateurs du droit anglais se sont arrangés, de façon fort sagace [. . .], pour que la véracité de toute accusation [. . .] soit ultérieurement confirmée par le suffrage unanime de douze de ses égaux et voisins, choisis au hasard et au-dessus de tout soupçon » : *Commentaries on the Laws of England* (1769), Livre IV, p. 343.

[145] Les « égaux et voisins » dont parle Blackstone doivent recevoir un sens très restreint. Lorsque Blackstone a écrit les lignes précitées dans les années 1760, cette expression désignait les propriétaires fonciers de sexe masculin, ou les lords si un lord était inculpé : *Commentaries on the Laws of England* (1768), Livre III, p. 349. Lorsque le système de jury a été introduit au Canada comme élément de la common law d’Angleterre, il fallait encore que les jurés soient des propriétaires fonciers de sexe masculin : R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), p. 45 et 135.

[146] Les restrictions fondées sur le sexe ont subsisté jusque dans les années 1970, quand les dernières provinces canadiennes ont modifié leurs lois pour permettre aux femmes d’agir comme jurées. Au cours d’une bonne partie de l’histoire canadienne, les Autochtones étaient systématiquement exclus de la fonction de juré par les effets combinés du racisme, du déni du droit de vote aux Autochtones et de l’exclusion des réserves des listes brutes : voir, par exemple, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 378-379.

[147] Ces exclusions témoignent de préjugés qui n’ont pas leur place dans l’administration de la justice et qui ne seraient plus tolérés dans le système de jury moderne. De fait, elles seraient considérées aujourd’hui comme des exclusions délibérées qui violent les droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l’accusé. Comme le montre cette histoire difficile, la société s’est éloignée de la conception du jury fondée sur l’identité. Il y a d’ailleurs des raisons impérieuses de le faire : les gens peuvent avoir de multiples identités ou caractéristiques interreliées qui ne se prêtent pas à une simple catégorisation. La notion même d’identité

basis of their identity or characteristics is not a feature of the modern jury. This is not to say that there is not value in Blackstone's vision of a jury composed of "equals and neighbours". It is rather that, properly understood, "equals and neighbours" must refer to society as a whole.

[148] Trial by jury is a trial by lay members of the community, whose job it is to find the facts and return a verdict. *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014) defines a "jury" as "[a] group of persons selected according to law and given the power to decide questions of fact and return a verdict" (p. 986). This definition focuses exclusively on its fact-finding function, rather than its representative qualities. What are the essential features of a jury that permit it to carry out this function of collective decision-making?

[149] A jury must be independent and impartial, as provided in s. 11(d) of the *Charter: R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. Above all else, these twin requirements are fundamental, explaining in part why trial by jury is part of an accused person's right to a fair trial. Of course, a jury must also be competent, and the process permits the judicial exclusion of those who are unable to carry out their responsibilities: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 632 and 644.

[150] This Court has identified other features of a jury, anchored in s. 11(f) of the *Charter*. A jury roll must be drawn by means of a neutral, broadly inclusive process favouring neither the prosecution nor the accused. This process supports the independence and impartiality of the jury that will ultimately be selected. As this Court held in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524:

The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as

change constamment. Par conséquent, de nos jours, la sélection des candidats jurés ne se fait pas sur le fondement de leur identité ou de leurs caractéristiques. Cela ne veut pas dire que la conception de Blackstone — pour qui le jury devait être composé d'« égaux et de voisins » — est sans valeur. C'est plutôt que, s'ils sont interprétés correctement, « les égaux et les voisins » renvoient à la société dans son ensemble.

[148] Le procès avec jury est un procès par des profanes issus de la collectivité, dont la tâche consiste à établir les faits et à rendre un verdict. Le *Black's Law Dictionary* (10^e éd. 2014) définit le « jury » comme [TRADUCTION] « [u]n groupe de personnes sélectionnées conformément à la loi et investies du pouvoir de trancher des questions de fait et de rendre un verdict » (p. 986). Cette définition porte exclusivement sur sa fonction de juge des faits, plutôt que sur ses qualités de représentant. Quelles sont les caractéristiques essentielles du jury qui lui permettent d'exercer cette fonction de prise de décision collective?

[149] Le jury doit être indépendant et impartial, comme le prévoit l'al. 11d) de la *Charte : R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30. Par-dessus tout, cette double exigence est fondamentale et explique en partie pourquoi le procès avec jury fait partie du droit de l'accusé à un procès équitable. Bien entendu, le jury doit aussi être compétent et le processus permet au tribunal d'exclure les jurés qui ne sont pas en mesure d'exercer leurs responsabilités : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 632 et 644.

[150] Notre Cour a relevé d'autres caractéristiques du jury ancrées à l'al. 11f) de la *Charte*. La liste des jurés doit être dressée au moyen d'un processus neutre et largement inclusif qui ne favorise ni la poursuite ni l'accusé. Ce processus favorise l'indépendance et l'impartialité du jury qui finira par être constitué. Comme notre Cour l'a affirmé dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524 :

Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être indoctriné à cette

such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen.

[151] The vision of a representative cross-section of society has been the source of some confusion. As I will explain, representativeness is not about the inclusion or reflection of all groups and perspectives in society. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury thus serves as a representative of society. A jury is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community. Nor are jurors expected to represent particular perspectives in the course of their deliberations. Rather, the jury acts on behalf of society. The representative function is assured by the use of a selection process in which random sampling is applied to broad-based source lists, without deliberate or substantial exclusion.

[152] In adopting this functional understanding of representativeness, I depart from my colleague Cromwell J. In his view, a jury roll must mirror what a random sample from the community would look like — in effect, it must proportionately represent the community from which it is drawn. Nor can I agree with the Court of Appeal’s view that representativeness requires the state to make reasonable efforts to include the distinctive perspectives of members of all First Nations reserve communities in the jury roll.

[153] In my view, adopting such an identity-based approach, focused on ensuring that certain perspectives are reflected on the jury roll, would mark a significant departure from both Canadian experience and jurisprudence. It is undisputed that the Canadian jury system has never required that the ultimate jury panel selected for a trial proportionately represent the perspectives and identities within a particular community. As McLachlin J. (as

fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement.

[151] La notion d’échantillon représentatif de la société a engendré une certaine confusion. Comme je l’expliquerai plus loin, la représentativité n’est pas une question d’inclusion ou de représentation de tous les groupes et points de vue que l’on trouve dans la société. Elle décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu’institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l’ensemble de la collectivité. Le jury sert donc de représentant de la société. Le jury ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité. On ne s’attend pas non plus à ce que les jurés représentent des points de vue particuliers au cours de leurs délibérations. Le jury agit plutôt au nom de la société. La fonction de représentant est assurée par le recours à un processus de sélection durant lequel l’échantillonnage aléatoire est appliqué à des listes brutes produites à partir d’un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante.

[152] En faisant mienne cette conception fonctionnelle de la représentativité, je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. À son avis, une liste de jurés doit refléter ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité — dans les faits, elle doit représenter proportionnellement la collectivité dont elle est issue. Je ne partage pas non plus l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle la représentativité oblige l’État à faire des efforts raisonnables pour inclure les points de vue particuliers des membres de toutes les collectivités des réserves de Premières Nations dans la liste des jurés.

[153] J’estime que, si l’on adopte une telle démarche fondée sur l’identité qui vise à garantir que certains points de vue soient exprimés dans la liste des jurés, cela constituerait un écart important par rapport à l’expérience et à la jurisprudence canadiennes. Personne ne conteste que le système de jury canadien n’a jamais exigé que le tableau final des jurés constitué pour un procès représente proportionnellement les points de vue et les identités que l’on

she then was) wrote in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-57:

I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

[154] Accepting that exclusions based in prejudice have no place in the modern jury system does not require that the jury be chosen from a roll that proportionately reflects the different perspectives and characteristics in society. In my view, the same practical and principled concerns weighing against requiring a proportionately representative jury apply with equal force to the jury roll.

[155] First, society has long accepted that, in principle, governments may exclude many from eligibility for jury service, for example on the basis of their professions, education, criminal history or immigration status: see, for example, the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Requiring proportionality among jurors would completely undermine these long-standing restrictions.

[156] But the problems with this approach run much deeper than mere practicality. Exactly what characteristics would have to be “represented”? Race, gender, ethnicity, religion, language, education, socio-economic status, urban or rural residency? Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal illustrated

trouve dans une collectivité donnée. Comme l’a écrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-57 :

J’admets que le jury doit être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiels et incompétents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

[154] Admettre que les exclusions fondées sur des préjugés n’ont pas leur place dans le système de jury moderne ne revient pas à dire que le jury doit être constitué à partir d’une liste qui reflète proportionnellement les différents points de vue et caractéristiques que l’on trouve dans la société. À mon avis, les mêmes considérations pratiques et considérations de principe qui militent contre l’obligation d’avoir un jury proportionnellement représentatif s’appliquent tout autant à la liste des jurés.

[155] Premièrement, la société accepte depuis longtemps qu’en principe, les gouvernements puissent déclarer bon nombre de personnes inhabiles à remplir les fonctions de juré, par exemple en raison de leur profession, de leur instruction, de leurs antécédents judiciaires ou de leur statut d’immigrant : voir, par exemple, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Imposer la proportionnalité dans la sélection des jurés saperait complètement ces restrictions de longue date.

[156] Toutefois, cette approche pose des problèmes beaucoup plus fondamentaux qu’une simple question pratique. Quelles caractéristiques auraient à être « représentées » au juste? La race? Le sexe? L’origine ethnique? La religion? La langue? L’instruction? La situation socioéconomique? Le fait de

the conceptual problems with viewing representativeness as a positive right, rather than a prohibition on improper exclusions, in *Church of Scientology*, at p. 121:

To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. . . . [T]he right to a representative panel or roll is an inherently qualified one. There cannot be an absolute right to a representative panel or roll.

McLachlin J. discussed the same problems with requiring a representative jury in *Biddle*, and I agree with her conclusion that there is “no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement” (para. 58).

[157] The respondent points to the important role of the jury as conscience of the community, arguing that this role demands a more robust right to representativeness. It is true that by forging a connection between the broader community and the administration of justice, and by entrusting such a crucial decision-making role to lay community members, the jury serves as a bridge between the public and the justice system, and promotes confidence in both the outcome of individual cases and the functioning of the system more broadly: *Davey*, at para. 30. The jury’s role in educating the public, reinforcing the legitimacy of the justice system and acting as conscience of the community are clearly positive outcomes of our system of trial by jury: see *Sherratt*, at pp. 523-24.

résider dans un milieu urbain ou rural? Dans *Church of Scientology*, p. 121, le juge Rosenberg, de la Cour d’appel de l’Ontario, a illustré les problèmes conceptuels qui se posent lorsque la représentativité est vue comme un droit positif plutôt qu’une interdiction contre les exclusions irrégulières :

[TRADUCTION] Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau de jurés entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques considérées nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus envahissant, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés de l’information concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [. . .] [L]e droit à une liste ou à un tableau représentatif de jurés est un droit essentiellement restreint. Il ne saurait y avoir de droit absolu à une liste ou à un tableau représentatif de jurés.

La juge McLachlin a traité dans *Biddle* des mêmes problèmes que présente le fait d’exiger la constitution d’un jury représentatif et, tout comme elle, je « ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue » (par. 58).

[157] L’intimé souligne le rôle important du jury en tant que conscience de la collectivité, plaidant que ce rôle exige un droit plus solide à la représentativité. Il est vrai qu’en établissant un lien entre la collectivité dans son ensemble et l’administration de la justice, et en raison du rôle décisionnel aussi important qui a été confié à des profanes de la collectivité, le jury sert de pont entre le public et le système de justice, et renforce la confiance à l’égard de l’issue d’une affaire en particulier et du fonctionnement du système de façon plus générale : *Davey*, par. 30. Les rôles que joue le jury, soit instruire le public, renforcer la légitimité du système de justice et agir comme conscience de la collectivité, sont manifestement des fonctions positives de notre système de procès avec jury : voir *Sherratt*, p. 523-524.

[158] However, it is important not to confuse these important roles or impacts of a jury system with the essential characteristics that permit it to serve these functions. These characteristics flow from the qualities that are constitutionally protected: independence, impartiality, and competence. They are assured by random selection from a broad-based jury roll — drawn from the broader community — without any deliberate exclusion of otherwise qualified jurors, and, at a later stage, by the ability to challenge for cause. In this sense, the jury is representative of society.

[159] Thus, although representativeness, understood very generally as representing society, is an essential feature of a jury, it must be understood by reference to the purpose for which it is protected. Instead of guaranteeing particular communities or perspectives a role in the process, jury representativeness ensures the institution's independence, impartiality and legitimacy by random selection from the broader community. The right to trial by jury does not guarantee that a particular group will be represented, only that the jury roll must be compiled through random selection from broad-based lists, without deliberately or substantially excluding a segment of the population. This accords with this Court's general statement in *Sherratt* that representativeness is guaranteed by random selection from broadly inclusive source lists (p. 525).

[160] My colleague Moldaver J. says that it is sufficient if the state makes reasonable efforts to use a fair and broadly inclusive process. In my view, however, the process used is either constitutionally acceptable or it is not. The state's reasonable efforts in meeting its *Charter* obligations would no doubt be relevant at the remedy stage. However, it is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

[158] Toutefois, il importe de ne pas confondre ces importants rôles ou effets du système de jury et les caractéristiques essentielles qui lui permettent d'exercer ces fonctions. Ces caractéristiques découlent des qualités qui jouissent d'une protection constitutionnelle : l'indépendance, l'impartialité et la compétence. Elles sont assurées par la sélection au hasard à partir d'une liste de jurés résultant d'un large échantillonnage de la collectivité dans son ensemble, sans exclusion délibérée de jurés par ailleurs qualifiés et, à une étape ultérieure, par la possibilité de les récuser pour un motif valable. En ce sens, le jury est représentatif de la société.

[159] Ainsi, bien que la représentativité — dans le sens très général de représentation de la société — soit une caractéristique essentielle du jury, elle doit être interprétée en fonction de la raison pour laquelle elle est protégée. Plutôt que de garantir à des collectivités ou à des points de vue particuliers un rôle dans le processus, la représentativité du jury assure l'indépendance, l'impartialité et la légitimité de l'institution par la sélection aléatoire à partir de la collectivité dans son ensemble. Le droit à un procès avec jury ne garantit pas qu'un groupe en particulier sera représenté; il garantit seulement que la liste des jurés doit être dressée par la sélection au hasard à partir de listes résultant d'un large échantillonnage, sans exclure délibérément ou de façon importante une couche de la population. Cette conception de la représentativité concorde avec l'affirmation générale de notre Cour dans *Sherratt* selon laquelle la représentativité est garantie par la sélection au hasard à partir de listes brutes largement inclusives (p. 525).

[160] Selon mon collègue le juge Moldaver, il suffit que l'État fasse des efforts raisonnables pour employer un processus équitable et largement inclusif. J'estime toutefois que le processus employé est constitutionnellement acceptable ou ne l'est pas. Les efforts raisonnables déployés par l'État pour respecter les obligations que lui impose la *Charte* seraient sans doute pertinents à l'étape de détermination de la réparation. Toutefois, c'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

[161] Unlike Moldaver J., whose test focuses on the state's reasonable efforts, I leave open the possibility that the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

[162] This additional aspect of the representativeness test permits a claimant to establish a *Charter* breach in circumstances where, despite an adequate process and the absence of deliberate exclusion, the resulting jury roll is nonetheless fundamentally flawed. This recognizes that although representativeness is primarily achieved through the process by which the jury roll is compiled, the effect of that process on the jury's ability to serve its functions cannot be ignored. Thus, this additional enquiry reflects the importance of representativeness and, in fact, broadens the state's constitutional obligation. However, as I will explain, such substantial exclusion does not arise in this case, and in my view the precise location of the threshold is best left for a future case.

[163] In summary, Canadian law has never defined juries as representative of all the particular characteristics or perspectives in society. The right to a jury in s. 11(f) of the *Charter* has never entitled an accused to a jury or jury roll of a particular composition. There are practical and principled reasons why it would be problematic to define any characteristics that ought to be reflected in a jury roll. Indeed, many perspectives are not represented, as individuals are in fact excluded from the jury roll by eligibility criteria and from the jury by being excused where participation would impose hardship. Judges regularly excuse potential jurors who

[161] Contrairement au juge Moldaver, dont le critère est axé sur les efforts raisonnables de l'État, je n'exclus pas la possibilité que l'État puisse, dans des situations exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

[162] Cet aspect supplémentaire du critère de représentativité permet à un demandeur d'établir une violation de la *Charte* dans un cas où, malgré un processus adéquat et l'absence d'exclusion délibérée, la liste des jurés qui en résulte est néanmoins entachée d'un vice fondamental. On reconnaît ainsi que, même si la représentativité dépend principalement du processus par lequel la liste des jurés est constituée, on ne saurait faire abstraction de l'effet qu'a ce processus sur la capacité du jury d'exercer ses fonctions. Cette analyse supplémentaire traduit donc l'importance de la représentativité et élargit en fait l'obligation constitutionnelle de l'État. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a pas eu une exclusion aussi importante en l'espèce et j'estime qu'il vaut mieux attendre une autre occasion de fixer l'endroit précis où se situe le seuil.

[163] En résumé, le droit canadien n'a jamais indiqué que les jurys étaient représentatifs de toutes les caractéristiques ou de tous les points de vue particuliers que l'on trouve dans la société. Le droit à un jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'a jamais donné à l'accusé le droit à un jury ou à une liste de jurés d'une composition particulière. Pour des raisons d'ordre pratique et de principe, il serait problématique de définir les caractéristiques que l'on devrait retrouver dans une liste de jurés. En effet, de nombreux points de vue ne sont pas représentés, car des personnes sont en fait exclues de la liste des jurés par les critères d'admissibilité et exclues du jury

are self-employed or who would not be paid during their absence from employment, are students, or have child-care or other family responsibilities. I conclude that a representative jury guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter* is not defined by whether the jury roll reflects the perspectives and identities that make up a community. I see the representativeness of a jury as primarily functional, not descriptive. It acts on behalf of, and thus represents, society.

B. *What Does Representativeness Require?*

(1) Source Lists

[164] A representative jury roll is one that is created through a fair and random process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately or substantially exclude a subset of the community. Such lists lay the foundation for each step that follows in the jury process. Ensuring that these lists are drawn broadly from the community is thus critical.

[165] However, perfection is not required, for many reasons. First, provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. Provinces in Canada have chosen different mechanisms to access the broader community. Some use health records; others use electoral and assessment rolls, municipal directories, motor vehicle registration records, or a combination of multiple sources: Iacobucci Report, at paras. 150-74. Indeed, the use of these alternatives means that in many provinces it is impossible to determine the extent to which Aboriginal people are included in source lists. In Ontario, the statistics relating to the participation of Aboriginal people residing on reserves are only known because the *Juries Act* provides a separate process for individuals living on reserves. Those

lorsque des candidats jurés sont exemptés parce que leur participation leur imposerait une contrainte. Il arrive couramment aux juges d'exempter des candidats jurés qui travaillent à leur compte ou qui ne seraient pas rémunérés pendant leur absence du travail, qui sont aux études, qui doivent s'occuper d'enfants ou qui ont d'autres responsabilités familiales. Je conclus qu'un jury représentatif garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* n'est pas défini en fonction du fait que la liste des jurés reflète les points de vue et les identités qui composent une collectivité. À mon sens, la représentativité d'un jury est principalement fonctionnelle, et non descriptive. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente.

B. *Que faut-il pour qu'il y ait représentativité?*

(1) Les listes brutes

[164] La liste des jurés est représentative si elle est dressée au moyen d'un processus équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. De telles listes servent de fondement à toutes les étapes subséquentes du processus de sélection des jurés. Il est donc essentiel de faire en sorte que ces listes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité.

[165] Toutefois, la perfection n'est pas nécessaire, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. Les provinces canadiennes ont choisi différents mécanismes pour dresser les listes de membres de la collectivité dans son ensemble. Certaines se servent de dossiers de santé, alors que d'autres utilisent les listes électorales et les rôles d'évaluation, les annuaires municipaux, les dossiers d'immatriculation automobile ou une combinaison de plusieurs sources : rapport Iacobucci, par. 150-174. En effet, l'utilisation de ces autres moyens signifie que dans bien des provinces, il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle les Autochtones figurent sur les listes brutes. En Ontario, on ne connaît les

living outside of reserves are captured by municipal assessment lists, which do not include information about an individual's Aboriginal status.

[166] Second, unintentional exclusion of some segments of the community does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 violation. Because there are no perfect source lists, it follows that the state must be accorded flexibility in choosing a source list, recognizing that no list will be perfectly comprehensive, and that each has its own advantages and drawbacks. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group. Such leeway is restricted only by the requirement that exclusion not rise to such a substantial level that the jury could not fulfill its representative function.

[167] While unintentional exclusion is likely to occur as a result of the practical realities of jury roll compilation, the same cannot be said of intentionally and improperly shutting out certain groups from participating. A jury roll tainted by such deliberate exclusion could hardly be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

statistiques relatives à la participation des Autochtones vivant dans des réserves que parce que la *Loi sur les jurys* prévoit un processus distinct pour les résidents des réserves. Ceux qui n'habitent pas les réserves sont répertoriés dans les listes d'évaluation municipale, lesquelles ne comprennent pas d'information sur le statut d'autochtone de chacun.

[166] Deuxièmement, l'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, il s'ensuit que l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute étant donné qu'aucune liste ne sera complète en tous points, et que chacune comporte ses propres avantages et inconvénients. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier. Cette latitude n'est limitée que par l'obligation de veiller à ce que l'exclusion n'ait pas une ampleur telle que le jury ne puisse pas remplir sa fonction de représentation.

[167] Bien que l'exclusion involontaire soit susceptible de se produire en raison des réalités pratiques de la confection des listes de jurés, on ne peut pas en dire autant du fait d'empêcher intentionnellement et irrégulièrement certains groupes de participer. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut guère être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

(2) Delivery of Jury Notices

[168] The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll. This does not mean that the state must devise a perfect model for the delivery of jury notices. The state will generally be able to establish that it used an adequate process where it uses the same system by which the individuals or communities in question would normally receive their mail.

(3) Representativeness Does Not Require Addressing Low Response Rates

[169] The accused's s. 11(d) and (f) rights require a neutral process for identifying and contacting prospective jurors. Those who receive a jury questionnaire are required by law to respond. If they choose not to, the accused's fair trial rights do not impose a constitutional obligation on the state to assist or encourage individuals to participate, provided that the jury roll meets the standard of being drawn broadly from the community.

[170] Cromwell J. requires that the state must encourage and facilitate the participation of prospective jurors who choose not to participate in the jury system. He reaches this conclusion largely on the basis of the state's responsibility for the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system, and writes that "[h]aving played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them" in order to fulfill its representativeness obligations (para. 281). The Court of Appeal also concluded that the state must encourage responses to jury notices.

[171] There can be no doubt that addressing the disengagement of Aboriginal peoples from the jury system is an important step in addressing the larger web of problems — described at paras. 4 and 14

(2) L'envoi des avis de sélection de juré

[168] L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. Cela ne veut pas dire que l'État doive concevoir un modèle parfait pour l'envoi des avis de sélection de juré. Généralement, l'État sera en mesure d'établir qu'il a employé un processus adéquat lorsqu'il utilise le même système par lequel les personnes ou les collectivités en question reçoivent normalement leur courrier.

(3) La représentativité n'oblige pas à remédier aux faibles taux de réponse

[169] Les droits que les al. 11d) et 11f) garantissent à l'accusé exigent l'utilisation d'un processus neutre pour identifier les candidats jurés et communiquer avec eux. Ceux qui reçoivent un questionnaire sont tenus par la loi d'y répondre. S'ils choisissent de ne pas le faire, les droits de l'accusé à un procès équitable n'imposent pas à l'État une obligation constitutionnelle d'aider ou d'inciter les gens à participer, pourvu que la liste des jurés respecte la norme voulant qu'elle résulte d'un large échantillonnage de la collectivité.

[170] Le juge Cromwell estime que l'État doit promouvoir et faciliter la participation de candidats jurés qui choisissent de ne pas participer au système de jury. Il tire cette conclusion en s'appuyant en grande partie sur la responsabilité de l'État en ce qui a trait à la marginalisation des Autochtones dans le système de justice, et affirme que « [v]u son rôle important dans la création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier » afin de s'acquitter de ses obligations en matière de représentativité (par. 281). La Cour d'appel a conclu elle aussi que l'État devait inciter les gens qui reçoivent des avis de sélection de juré à y répondre.

[171] Il ne fait aucun doute que s'attaquer au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury est une étape importante de la résolution du vaste ensemble de problèmes — qualifiés de crise

of the Iacobucci Report as a crisis — plaguing the justice system as it is applied to Aboriginal peoples. Nor can there be any doubt that this disengagement is a complex problem with deep roots and no easy answers. It is essential that the correct constitutional tool be brought to bear in addressing this problem. In this case, this Court is asked to decide whether an accused person's fair trial rights are tools suited to this task, and if so, how they should be deployed to remedy Aboriginal peoples' disengagement from the jury system.

[172] In my view, an accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Troubling though such unwillingness may be, it does not mean the accused is deprived of his right to a trial by an impartial and independent jury, acting on behalf of society. In my view, finding otherwise would be inconsistent with the limited scope of representativeness in Canadian law. It is beyond the scope of an accused's fair trial rights as protected by s. 11(d) and (f) of the *Charter* to require the state to address issues that may cause segments of the population to disengage from the justice system. Thus, an accused's right to a trial by jury is not breached, and the verdict is not compromised, because the state does not actively facilitate the participation of those who will not or cannot participate. While it may be that such disengagement has implications for other constitutional rights, that question cannot be decided on the record in this case.

(4) Conclusion on Representativeness

[173] To conclude, jury representativeness has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. A jury acts on behalf of and represents society. What is required is a neutral process for compiling the jury roll, in which prospective jurors are randomly selected from lists drawn broadly from the community as it is defined in the relevant legislation. Intentional exclusion of certain segments of

aux par. 4 et 14 du rapport Iacobucci — qui pèsent sur l'application du système de justice aux Autochtones. Il ne fait non plus aucun doute que ce désengagement est un problème complexe aux racines profondes et pour lequel il n'existe pas de solution simple. Il est essentiel que le bon outil constitutionnel soit utilisé pour remédier à ce problème. En l'espèce, la Cour est appelée à décider si les droits de l'accusé à un procès équitable sont des outils qui conviennent à cette tâche et, dans l'affirmative, à se prononcer sur l'utilisation qui doit en être faite pour remédier au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury.

[172] À mon avis, les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. Aussi troublant ce refus soit-il, il ne prive pas l'accusé de son droit à un procès devant un jury impartial et indépendant agissant au nom de la société. À mon avis, la conclusion contraire serait incompatible avec la portée limitée de la représentativité en droit canadien. Les droits à un procès équitable que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé n'obligent nullement l'État à s'attaquer aux problèmes qui peuvent amener des couches de la population à se désengager du système de justice. Par conséquent, il n'y a pas atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury et le verdict n'est pas compromis parce que l'État ne facilite pas activement la participation de ceux qui ne participent pas ou qui ne peuvent pas le faire. Bien que ce désengagement puisse avoir des répercussions sur d'autres droits constitutionnels, le dossier en l'espèce ne permet pas de trancher cette question.

(4) Conclusion sur la représentativité

[173] Pour conclure, la représentativité du jury a un sens limité en droit canadien. La représentativité ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Le jury agit au nom de la société et la représente. Il faut un processus neutre pour dresser la liste des jurés, un processus par lequel les candidats jurés sont sélectionnés au hasard à l'aide de listes établies à partir d'un large éventail de membres de la collectivité au

the population from the jury roll would render it unconstitutional. Substantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society. However, as I shall explain, this does not arise in this case.

III. Application to the Facts

[174] Moldaver J.'s reasons at paras. 8-28 outline how the jury roll was compiled in Ontario and in the District of Kenora.

A. *The Findings of the Court of Appeal*

[175] The Court of Appeal examined three alleged deficiencies in the compilation of the 2008 jury roll for the District of Kenora. These deficiencies related to the adequacy of the source lists used to compile the jury roll, the adequacy of delivery methods by which prospective jurors were notified of their selection, and the low response rate of prospective jurors who received their jury notice.

(1) Adequacy of Source Lists

[176] Before the Court of Appeal, significant evidence was adduced regarding the poor and diminishing quality of the source lists by which Aboriginal people residing on reserves were included in the jury roll in the District of Kenora. In 2001, Indian and Northern Affairs Canada (INAC, now Aboriginal Affairs and Northern Development Canada) stopped providing Ontario with band lists for the purposes of s. 6(8) of the *Juries Act*, citing privacy concerns. After 2000, Court Services Division (CSD) staff of the Ministry of the Attorney General in the District of Kenora sought to obtain updated lists by contacting the First Nations for which they had received lists from INAC, as well as senior officials at the Nishnawbe Aski Nation. As part of these efforts, CSD staff also travelled to 15 fly-in reserves in 2007 to discuss jury participation with First Nations leadership. The same year, local CSD staff also learned

sens qui est donné à ce mot dans la législation pertinente. L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une exclusion importante, bien qu'involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière. Toutefois, comme je l'expliquerai ci-dessous, ce n'est pas le cas en l'espèce.

III. Application aux faits

[174] Aux paragraphes 8 à 28, le juge Moldaver décrit la manière dont la liste des jurés a été dressée en Ontario et dans le district de Kenora.

A. *Les conclusions de la Cour d'appel*

[175] La Cour d'appel a examiné trois lacunes alléguées dans la confection de la liste des jurés de 2008 pour le district de Kenora. Ces lacunes avaient trait au caractère suffisant des listes brutes employées pour dresser la liste des jurés, au caractère suffisant des méthodes d'envoi par lesquelles les candidats jurés avaient été avisés de leur sélection et au faible taux de réponse des candidats jurés qui avaient reçu leur avis de sélection de juré.

(1) Caractère suffisant des listes brutes

[176] En Cour d'appel, on a présenté une preuve abondante concernant la piètre et déclinante qualité des listes brutes au moyen desquelles les Autochtones qui habitent une réserve étaient inscrits sur la liste des jurés dans le district de Kenora. En 2001, Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, maintenant appelé Affaires autochtones et Développement du Nord Canada) a cessé de fournir à l'Ontario les listes de bandes pour l'application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys*, invoquant le souci du respect de la vie privée. Après 2000, les employés de la Division des services aux tribunaux (DST) du ministère du Procureur général dans le district de Kenora ont tenté d'obtenir des listes à jour en communiquant avec les Premières Nations pour lesquelles ils avaient reçu des listes d'AINC, et avec les hauts responsables de la Nation Nishnawbe Aski. Dans le cadre de ces démarches, les employés de la DST se

that they had accidentally excluded three First Nations from the jury roll, including the 2008 roll. As a result of these efforts, when questionnaires for the 2008 jury roll were to be mailed out, the Kenora CSD office had band lists from 2007 for eight First Nations; band lists from 2006 for two First Nations; INAC lists from 2000 for 32 First Nations; and no list for any of the three missing First Nations, or for an additional First Nation for which CSD staff appear never to have had a band list.

[177] LaForme J.A. found that the jury that convicted Mr. Kokopenace was drawn from lists so out of date that they failed to adequately represent Aboriginal people living on reserves on the jury roll. In his view, these deficiencies were compounded by Ontario's failure to update its policies in response to this Court's decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, which had the effect of expanding band electoral lists to include First Nation members residing both on and off reserves. He found that the failure to respond to these changes rendered band lists far less useful for the purpose of including Aboriginal people residing on reserves on the jury roll. He further found that the state both knew of this problem and did little to rectify it.

[178] The majority on this issue (Goudge and Rouleau J.J.A.) disagreed, finding that the effect of the lists on representation of Aboriginal on-reserve residents was modest. While Goudge J.A. agreed that the lists were dated and incomplete, he found that they nonetheless had significant utility for representativeness purposes because they still permitted

sont également rendus en 2007 dans 15 réserves accessibles par avion pour discuter de la participation à la sélection des jurés avec les dirigeants des Premières Nations. La même année, les employés locaux de la DST ont également appris qu'ils avaient accidentellement exclu trois Premières Nations de la liste des jurés, y compris la liste de 2008. À la suite de ces démarches, lorsque les questionnaires pour l'établissement de la liste des jurés de 2008 devaient être envoyés par la poste, le bureau de la DST de Kenora possédait les listes de bandes de 2007 visant huit Premières Nations, les listes de bandes de 2006 visant deux Premières Nations, les listes d'AINC de 2000 visant 32 Premières Nations, mais aucune liste visant l'une des trois Premières Nations manquantes ou visant une autre Première Nation pour laquelle les employés de la DST n'avaient apparemment jamais possédé de liste de bande.

[177] Le juge LaForme a conclu que le jury qui avait déclaré M. Kokopenace coupable avait été constitué à partir de listes tellement périmées qu'elles ne représentaient pas adéquatement sur la liste des jurés les Autochtones qui habitaient des réserves. À son avis, ces lacunes ont été aggravées par l'omission de l'Ontario de mettre à jour ses politiques pour donner suite à l'arrêt de notre Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, qui a eu pour effet d'élargir les listes électorales des bandes pour y ajouter les membres de Premières Nations qui habitent une réserve et les membres hors réserve. Il a conclu que l'omission de donner suite à ces changements rendait les listes de bandes beaucoup moins utiles pour l'inscription des Autochtones qui habitent une réserve sur la liste des jurés. Il a en outre conclu que l'État était au courant de ce problème et qu'il avait fait peu de choses pour le corriger.

[178] Les juges majoritaires sur ce point (les juges Goudge et Rouleau) n'étaient pas d'accord, concluant que les listes avaient eu un effet minime sur la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Le juge Goudge a reconnu que les listes étaient désuètes et incomplètes, mais il a conclu qu'elles étaient néanmoins d'une utilité considérable

the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included in the jury roll. He further found that the efforts by CSD staff to obtain better lists were adequate in light of the modest impact that the flawed lists had on representativeness. Rouleau J.A. agreed that the impact of the inadequacies in the band lists was “quite modest”, and noted that the Iacobucci Report shows that obtaining complete and accurate lists will have only a limited impact on the problem of low levels of Aboriginal participation in the jury system (para. 290).

[179] I agree with the majority’s findings on this issue. Ontario compensated for the inadequacies in its lists with efforts to correct them. Although these efforts had limited success, CSD staff, acting with the advice of an experienced judge in the district, also sent out a much higher proportion of jury questionnaires using the band lists they possessed, in order to compensate for what they appreciated was a low response rate. While it is true that some on-reserve residents were unintentionally excluded from jury service because of the inadequacy of the lists, the majority’s finding that this exclusion had only a modest effect means that it does not depart from the requirement that the jury roll be drawn broadly from the community.

[180] For the same reason, the fact that four First Nations were not included does not render the jury roll unrepresentative. The requirement that prospective jurors be drawn from broad-based source lists does not demand perfect inclusion, and the unintentional exclusion of a small community — Aboriginal or non-Aboriginal — does not undermine the representativeness of the jury roll. Although the source lists did not include all eligible jurors or all First Nations, a jury selected from this jury roll could nonetheless find facts, impartially and independently, and render a verdict on behalf of society. As long as the state does not intentionally seek to exclude such communities, such modest exclusions

pour les besoins de la représentativité, puisqu’elles permettraient quand même d’inclure les points de vue particuliers des résidents autochtones des réserves dans la liste des jurés. Il a conclu que les efforts déployés par les employés de la DST en vue d’obtenir de meilleures listes étaient adéquats, vu l’incidence minime que les listes lacunaires avaient eue sur la représentativité. Le juge Rouleau a convenu que les failles des listes de bandes avaient eu un effet [TRANSDUCTION] « assez minime » et il a noté que, selon le rapport Iacobucci, l’obtention de listes complètes et exactes n’aura qu’un effet limité sur le problème des faibles taux de participation des Autochtones au sein du système de jury (par. 290).

[179] Je souscris aux conclusions des juges majoritaires sur ce point. L’Ontario a pallié les failles de ses listes en faisant des efforts pour les corriger. Bien que ces efforts aient connu un succès mitigé, les employés de la DST, sur l’avis d’un juge qui avait longtemps travaillé dans le district, ont également envoyé une proportion beaucoup plus élevée de questionnaires du juré en employant les listes de bandes qu’ils possédaient, pour pallier ce qu’ils reconnaissaient être un faible taux de réponse. S’il est vrai que certains résidents des réserves ont été involontairement exclus de la fonction de juré en raison de l’insuffisance des listes, la conclusion des juges majoritaires selon laquelle cette exclusion n’avait eu qu’un effet minime signifie qu’elle ne déroge pas à l’exigence que la liste des jurés soit dressée à partir d’un large échantillon de la collectivité.

[180] Pour la même raison, ce n’est pas parce que quatre Premières Nations ne figuraient pas sur la liste des jurés que cette liste n’est pas représentative. L’obligation de faire en sorte que les candidats jurés soient issus de listes brutes établies à partir d’un large échantillon n’exige pas que tous soient inclus et l’exclusion involontaire d’une petite collectivité — autochtone ou non — ne mine pas la représentativité de la liste des jurés. Même si les listes brutes ne comprenaient pas toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de juré ou toutes les Premières Nations, un jury constitué à partir de cette liste de jurés pouvait néanmoins constater les faits de façon impartiale et indépendante et rendre

will not amount to a breach of an accused's rights under s. 11(d) or (f).

(2) Adequacy of Delivery Methods

[181] The Court of Appeal reached differing conclusions on the adequacy of the systems used by Ontario to deliver jury notices to individuals residing on reserves. LaForme J.A. did not directly address this issue in his reasons. Goudge J.A. found serious problems with delivery, and that Ontario was inattentive and did virtually nothing to determine the causes of failed delivery or how it might be remedied. In his view, "inaction by the state in the face of action that it could have taken cannot meet the reasonable efforts standard" (para. 262). Rouleau J.A. disagreed, and saw the problems with delivery as linked to the difficulties with obtaining up-to-date lists of on-reserve residents.

[182] I agree with Rouleau J.A. that any deficiencies in this case are intertwined with the problems the state was experiencing with accuracy of band lists. As discussed above, representativeness requires that jury notices be delivered to prospective jurors in a manner that does not deliberately or substantially undermine the broad-based and random quality of the jury roll. In this case, the state relied on the same system of mail delivery (general delivery and knowledge sort) that normally serves the reserve communities in question, and indeed which serves many small, remote communities in Canada. No substantial or deliberate exclusion of on-reserve Aboriginal people resulted from any deficiencies in this delivery method. Thus, in my view, the delivery methods used by the state did not violate Mr. Kokopenace's s. 11(f) right to trial by jury, nor did they violate his fair trial rights under s. 11(d) of the *Charter*.

un verdict au nom de la société. Tant que l'État ne cherche pas intentionnellement à exclure ces collectivités, les exclusions aussi minimes n'équivaudront pas à une atteinte aux droits que les al. 11d) ou 11f) garantissent à l'accusé.

(2) Caractère suffisant des méthodes d'envoi

[181] La Cour d'appel a tiré des conclusions divergentes quant au caractère suffisant des mécanismes employés par l'Ontario pour envoyer les avis de sélection de juré aux personnes qui habitaient les réserves. Le juge LaForme n'a pas directement traité de cette question dans ses motifs. Le juge Goudge a relevé de sérieux problèmes dans l'envoi des avis et a conclu que l'Ontario n'y avait pas porté attention et n'avait pratiquement rien fait pour déterminer les causes du défaut d'envoi ou pour trouver une façon d'y remédier. À son avis, [TRADUCTION] « l'omission de l'État de prendre les mesures qui étaient à sa disposition ne saurait satisfaire à la norme des efforts raisonnables » (par. 262). Le juge Rouleau n'était pas d'accord et estimait que les problèmes d'envoi étaient liés aux difficultés d'obtenir des listes à jour de résidents d'une réserve.

[182] Je conviens avec le juge Rouleau que toute lacune en l'espèce est étroitement liée aux problèmes qu'avait l'État relativement à l'exactitude des listes de bandes. Comme nous l'avons vu, la représentativité exige que les avis de sélection de juré soient envoyés aux candidats jurés d'une manière qui ne mine pas délibérément ou de façon importante la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. En l'espèce, l'État s'est servi du même système d'envoi de courrier (poste restante et tri du courrier par les employés de la poste selon leur connaissance du destinataire) qui dessert en temps normal les collectivités des réserves en question, voire bon nombre de petites collectivités éloignées au Canada. Les lacunes, s'il en est, de cette méthode d'envoi n'ont pas entraîné l'exclusion importante ou délibérée d'Autochtones qui habitent une réserve. Par conséquent, je suis d'avis que les méthodes d'envoi employées par l'État n'ont violé ni le droit à un procès avec jury que l'al. 11f) garantit à M. Kokopenace ni les droits à un procès équitable que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

(3) The Problem of Low Response Rates

[183] Significant evidence was marshalled before the Court of Appeal suggesting that even where the state succeeds in identifying and selecting Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll, many of those individuals do not return the notices sent to them. The Iacobucci Report explains that this low response rate is not simply a function of difficulties with the mechanics of compiling the jury roll. Rather, it is symptomatic of the much more intractable problem of alienation of Aboriginal peoples from the justice system.

[184] The reasons identified for not participating in the jury process are many, and include conflict between First Nations cultural values and laws and those underpinning the Canadian criminal justice system; systemic discrimination experienced by Aboriginal people in the criminal justice and child welfare systems; the need for education about the justice system, and the jury in particular; negative perceptions of the justice system arising from problems with policing; the desire to assume greater control over community justice issues as part of self-government; and the often troubled relationship between the Ministry of the Attorney General and First Nations in Ontario: Iacobucci Report, at paras. 209-30 and 248-51.

[185] These reasons sit alongside more practical concerns regarding band member privacy, the types of questions asked in juror questionnaires and the logistical challenges faced by many who live in more remote communities: Iacobucci Report, at paras. 231-44. The Iacobucci Report notes that First Nations representatives “uniformly expressed the position that, until significant and substantive changes are made to the criminal justice system, the issue of jury participation will not improve” (para. 209).

(3) Le problème des faibles taux de réponse

[183] La preuve abondante réunie en Cour d’appel indique que, même lorsque l’État réussit à identifier et à sélectionner des Autochtones qui habitent une réserve pour les inscrire sur la liste des jurés, bon nombre d’entre eux ne retournent pas les avis qui leur ont été envoyés. Le rapport Iacobucci explique que ce faible taux de réponse n’est pas attribuable uniquement aux difficultés techniques liées à l’établissement de la liste des jurés. Il est plutôt le signe d’un problème beaucoup plus difficile à résoudre, soit l’aliénation des Autochtones à l’égard du système de justice.

[184] On a recensé de nombreuses raisons à l’origine de la non-participation au processus de sélection des jurés, notamment : l’opposition entre, d’une part, les valeurs culturelles et les lois des Premières Nations et, d’autre part, celles sur lesquelles repose le système de justice pénale canadien; la discrimination systémique subie par les Autochtones dans les systèmes de justice pénale et de protection de l’enfance; le besoin de transmettre de l’information sur le système de justice et le jury en particulier; les perceptions négatives du système de justice découlant de problèmes liés aux services de police; le désir d’exercer un contrôle accru sur la justice au sein des collectivités dans le cadre de l’autonomie gouvernementale; les rapports souvent difficiles entre le ministère du Procureur général et les Premières Nations en Ontario : rapport Iacobucci, par. 209-230 et 248-251.

[185] À ces raisons s’ajoutent des préoccupations d’ordre plus pratique relatives à la vie privée des membres de la bande, aux types de questions posées dans les questionnaires du juré et aux difficultés de logistique que rencontrent de nombreux habitants des collectivités éloignées : rapport Iacobucci, par. 231-244. Le rapport Iacobucci signale que « [c]e que [les auteurs du rapport ont] entendu [lors des discussions avec les représentants des Premières Nations], toujours et encore, est que le problème de la participation aux jurys restera sans solution tant que des changements importants et substantiels n’aient pas été apportés au système de justice pénale » (par. 209).

[186] At the Court of Appeal, all three judges agreed that the representativeness requirement under s. 11 requires the state to make efforts to address the low response rate among Aboriginal people residing on reserves. LaForme and Goudge J.J.A. found that the state had failed in this obligation, while Rouleau J.A. found the state's efforts to be sufficient. With respect, I cannot agree with these conclusions.

[187] As I stated at the outset of these reasons, there can be no dispute that the problems underlying the disengagement of so many Aboriginal people from the justice system are of fundamental importance. Indeed, they are among the most difficult and pressing problems facing Canadian society, and may very well have constitutional implications. This importance does not, however, mean that they are appropriately dealt with as part of an accused person's fair trial rights under s. 11 of the *Charter*. Nor does it mean that the legitimacy of jury verdicts in the District of Kenora should be compromised until such deep-seated problems are resolved.

[188] These fair trial rights entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. Understood this way, jury representativeness is a narrow right, aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. Section 11 is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury. Other tools must be brought to bear to resolve these problems.

[186] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous convenu que l'exigence de représentativité fondée sur l'art. 11 obligeait l'État à faire des efforts pour s'attaquer au faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves. Les juges LaForme et Goudge ont conclu que l'État avait manqué à cette obligation, tandis que le juge Rouleau a conclu que les efforts de l'État étaient suffisants. Avec égards, je ne peux souscrire à ces conclusions.

[187] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, il est incontestable que les problèmes sous-tendant le désengagement d'un si grand nombre d'Autochtones du système de justice revêtent une importance fondamentale. De fait, ils comptent parmi les problèmes les plus difficiles et les plus pressants auxquels se heurte la société canadienne et pourraient fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, malgré la grande importance de ces problèmes, il ne convient pas de les traiter dans le cadre d'un débat sur les droits à un procès équitable que l'art. 11 de la *Charte* garantit à l'accusé. Cela ne veut pas dire non plus que la légitimité des verdicts rendus par des jurys dans le district de Kenora doit être compromise en attendant que ces problèmes si profondément enracinés soient résolus.

[188] Ces droits à un procès équitable permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Interprétée ainsi, la représentativité du jury est un droit restreint qui vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. L'article 11 n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif. Il faudra employer d'autres outils pour résoudre ces problèmes.

IV. Conclusion

[189] In my view, the respondent has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore his conviction.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[190] Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice: see, e.g., *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 714 and 717. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. Randomness is a proxy for representativeness and every accused person in Canada who has a jury trial has a constitutional right to a jury that is representative in this sense: *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(d) and 11(f). This appeal tests whether this guarantee is real or illusory for Aboriginal people.

[191] Clifford Kokopenace was tried for second degree murder by a jury in Kenora and was ultimately convicted of manslaughter. He is an Aboriginal man from a First Nation reserve. Aboriginal people residing on reserves were drastically under-represented on the jury roll from which Mr. Kokopenace's jury was ultimately selected. The provincial officials responsible for compiling the jury roll used sources that were substantially out of date and which included people who ought not to have been included. They entirely excluded four First Nations reserves in the district.

IV. Conclusion

[189] À mon avis, l'intimé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[190] La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public dans l'administration de la justice (voir p. ex. *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714 et 717). Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. La sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité, et tout inculpé au Canada qui bénéficie d'un procès avec jury a le droit constitutionnel à un jury représentatif entendu dans ce sens (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11d) et f)). Il s'agit en l'espèce de savoir si cette garantie est réelle ou illusoire pour les Autochtones.

[191] À l'issue d'un procès avec jury pour meurtre au deuxième degré à Kenora, Clifford Kokopenace a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Il est un Autochtone issu d'une réserve des Premières Nations. Les Autochtones qui résident dans des réserves étaient considérablement sous-représentés sur la liste des jurés ayant servi à former le jury. Les fonctionnaires provinciaux chargés de dresser la liste des jurés ont utilisé pour ce faire des sources en grande partie périmées sur lesquelles figuraient des personnes qui n'auraient pas dû y être. Les

The provincial officials had serious problems delivering jury notices to on-reserve residents and those who received them were much less likely to respond than were other prospective jurors. And underlying all of this is the sad history of racial discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the administration of criminal justice.

[192] When Mr. Kokopenace became aware of problems with the jury roll after his conviction, he appealed. A majority of the Court of Appeal set aside his conviction and ordered a new trial. After considering a mountain of evidence, the Court of Appeal concluded that the substantial under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll undermined the appearance of fairness and public confidence in the administration of justice.

[193] In seeking to have this Court set aside that ruling, the Crown asks us to hold that the right to a representative jury roll means only that the state is prohibited from making improper exclusions and that the focus is not on results but on whether the state made reasonable efforts. As for the broader issues of discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the justice system, we are told that jury representativeness is an inappropriate legal tool with which to address those issues. The state, we are told, may choose to address these issues as a matter of social policy, but they have nothing to do with the right to trial by jury.

[194] Similarly, my colleague Moldaver J. would find no *Charter* violation notwithstanding a 30 per cent race-based under-representation on the jury roll. He would conclude that the state, in the context of assembling jury rolls, is under no constitutional obligation to address, in any manner whatsoever, the systemic factors that contribute to this. Indeed, his view is that the state has no obligation beyond providing a “fair opportunity” to those who — as

réserves de quatre Premières Nations du district en étaient entièrement exclues. Les fonctionnaires provinciaux ont eu beaucoup de mal à faire parvenir les avis de sélection de juré aux résidents des réserves, et ces derniers, s’ils ont reçu l’avis, étaient nettement moins susceptibles d’y répondre que d’autres candidats jurés. Tout cela sur triste fond de discrimination raciale historique envers les peuples autochtones et de marginalisation de ces derniers dans l’administration de la justice pénale.

[192] Lorsque M. Kokopenace a été mis au courant des problèmes relatifs à la liste des jurés, après le prononcé de son verdict de culpabilité, il a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Après avoir examiné une montagne de preuve, la Cour d’appel a conclu que la sous-représentation considérable des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés minait l’apparence d’équité et la confiance du public dans l’administration de la justice.

[193] Le ministère public, qui sollicite l’annulation de ce jugement, demande à la Cour de conclure que le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut procéder à des exclusions irrégulières et que ce qui compte n’est pas tant le résultat que le fait que l’État a déployé ou non des efforts raisonnables. Quant aux grands problèmes de discrimination à l’égard des peuples autochtones et de leur marginalisation au sein du système de justice, invoquer la représentativité des jurys, nous dit-on, ne constitue pas le bon moyen juridique de les régler. L’État, nous dit-on, peut s’y attaquer dans le cadre d’une politique sociale, mais ils ne regardent en rien le droit à un procès avec jury.

[194] De même, mon collègue, le juge Moldaver, conclut à l’absence d’infraction à la *Charte* malgré une sous-représentation de 30 p. 100 fondée sur la race dans la liste des jurés. Selon lui, lorsqu’il prépare la liste des jurés, l’État n’est tenu à aucune obligation constitutionnelle de remédier aux facteurs systémiques sous-jacents. En effet, il estime que l’État a pour seule obligation d’offrir une « possibilité honnête » à ceux qui sont marginalisés

a result of prolonged racial discrimination — have become alienated from the system and whose participation would enhance its legitimacy.

[195] Like the majority of the Court of Appeal, I would reject these contentions. I do not regard compliance with the Constitution as either optional or as a matter of social policy. An Aboriginal man on trial for murder was forced to select a jury from a roll which excluded a significant part of the community on the basis of race — his race. This in my view is an affront to the administration of justice and undermines public confidence in the fairness of the criminal process. I would dismiss the appeal.

[196] While there are many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* in my view ought to be read as providing an impetus for change, not an excuse for saying that the remedy lies elsewhere.

II. Facts, Issues and Judicial History

A. *Facts and Issues in Overview*

[197] The respondent, Clifford Kokopenace, was convicted of manslaughter on June 17, 2008, by a jury in the Superior Court of Justice in Kenora, Ontario. Not long after his conviction, he became aware of some possible problems with the 2008 jury roll from which the jury that convicted him had been selected. It emerged that only 4.1 percent of the potential jurors on the roll were Aboriginal on-reserve residents even though they made up approximately 30 percent of the adult population of the District of Kenora.

[198] Mr. Kokopenace appealed the conviction on the basis, among others, that the jury roll was not representative and therefore that his rights under the *Charter* to a jury trial, to a trial before an impartial tribunal and to equality before the law (ss. 11(f),

en raison d'une discrimination raciale de longue date et dont la participation améliorerait la légitimité du système.

[195] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter ces prétentions. J'estime que le respect de la Constitution n'est ni facultatif ni une question de politique sociale. Un Autochtone devant être jugé pour meurtre a été forcé de choisir un jury à partir d'une liste des jurés de laquelle était exclue une bonne partie de la collectivité sur le fondement de la race — la sienne. Cette situation déconsidère à mon avis l'administration de la justice et ébranle la confiance du public dans l'équité du processus pénal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[196] Certes, la sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés a de nombreuses causes profondes. Or, à mon avis il faut voir la *Charte* comme un moteur de changement, et non s'en servir pour renvoyer à autrui la responsabilité d'accorder réparation.

II. Faits, questions en litige et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits et des questions en litige*

[197] L'intimé, Clifford Kokopenace, a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable le 17 juin 2008 par un jury en Cour supérieure de justice, à Kenora, en Ontario. Peu de temps après le prononcé du verdict, il a appris que la liste des jurés dressée pour 2008 et qui avait servi à la sélection du jury qui l'avait reconnu coupable était peut-être entachée de certaines irrégularités. Il s'est avéré que seulement 4,1 p. 100 des candidats jurés inscrits sur la liste étaient des résidents autochtones d'une réserve bien que ceux-ci représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district de Kenora.

[198] M. Kokopenace a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité au motif notamment que la liste des jurés n'était pas représentative et que, par conséquent, il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* à un procès avec jury, à un procès devant un

11(d) and 15) had been violated. The Court of Appeal, by a majority, agreed that his rights had been infringed, set aside the conviction and ordered a new trial: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

[199] On the Crown's appeal to this Court, there is no dispute that there is such a concept as jury representativeness. However, the meaning and content of a right to a representative jury roll, whether it has been violated and, if so, what remedy should flow from that breach are all contested.

[200] I will address three related issues:

- (a) What is the content of the right to have a representative jury roll?
- (b) Was there a breach of that right in Mr. Kokopenace's case?
- (c) If so, what is the appropriate remedy?

[201] I do not find it necessary to address the equality rights issue (s. 15 of the *Charter*) in light of my conclusion that Mr. Kokopenace's rights to a jury trial and to a trial before an impartial tribunal (under ss. 11(f) and 11(d)) have been violated and that he should have a new trial before a properly constituted jury.

B. *The Jury Selection Process in Ontario*

[202] This case concerns how a jury roll is compiled and the right to have a representative roll. A basic understanding of what a jury roll is and how a jury is ultimately selected to try a case is therefore a useful starting point.

[203] I emphasize that there is no challenge here to the legislation which governs how to assemble a jury roll or to select a jury to try a case. Mr. Kokopenace's complaint is that the effect of the legislation as it was applied in this case infringed his rights, not that there is any constitutional defect in the legislation itself.

tribunal impartial et à l'égalité devant la loi (al. 11f) et d), et art. 15). La Cour d'appel, à la majorité, a reconnu qu'il y avait eu atteinte à ses droits; elle a annulé le verdict de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481).

[199] Dans le pourvoi interjeté par le ministère public devant notre Cour, l'existence du concept de la représentativité du jury n'est pas contestée. Le litige porte plutôt sur le sens et la teneur du droit à une liste des jurés représentative, la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, la réparation qu'il convient d'accorder.

[200] J'aborderai ces trois questions connexes :

- a) En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?
- b) Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?
- c) Dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

[201] J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les droits à l'égalité (art. 15 de la *Charte*) vu que je conclus à une atteinte aux droits de M. Kokopenace à un procès avec jury et à un procès devant un tribunal impartial (garantis par les al. 11f) et 11d)) et à la nécessité d'un nouveau procès devant un jury régulièrement formé.

B. *Le processus de sélection des jurés en Ontario*

[202] La présente affaire porte sur la préparation de la liste des jurés et sur le droit à une liste représentative. Un bon point de départ serait donc de déterminer en quoi consiste une liste des jurés et comment le jury est sélectionné pour le procès.

[203] Je tiens à souligner que les dispositions législatives qui régissent la préparation de la liste des jurés ou le choix du jury pour un procès ne sont pas contestées. Monsieur Kokopenace dénonce la manière dont elles ont été appliquées en l'espèce et qui a porté atteinte à ses droits, non pas l'existence d'un vice constitutionnel qui les entacherait.

[204] There are three phases in the process in Ontario which leads ultimately to the selection of a 12-person “petit” jury to try a criminal case. First, a jury roll is prepared by the sheriff: C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 114-17. Then, at the request of a judge, names from that list are selected by the sheriff to constitute jury panels, sometimes referred to as the jury “array”: Granger, at pp. 117-21 and 143. Finally, through the “in-court” jury selection stage, a petit jury is selected from among the members of the jury panel.

[205] Only the third step of this process is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the other two stages are governed by provincial statutes: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 17-2; Granger, at p. 143. The constitutional breach alleged in this appeal occurred at the first stage of the jury selection process and concerns how the jury roll was assembled.

[206] In Ontario, the assembly of the jury roll is governed by the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. Under s. 5, each year the sheriff determines the number of prospective jurors required for the year and transmits that information to the Director of Assessment. From there, jury service notices and questionnaires are sent out to randomly selected persons (s. 6(1)). Everyone who receives a jury service notice is required by law to complete the questionnaire and return it to the sheriff (s. 6(5)); it is an offence punishable by fine or imprisonment not to do so (s. 38(3)). Once the jury service questionnaires have been returned, the sheriff prepares a jury roll made of those who returned the questionnaires and who are eligible for jury service and certifies that it is a proper roll (ss. 8 and 9).

[207] When a jury panel is required, a precept is issued to the sheriff by a judge of the Superior Court of Justice in the form prescribed by regulation: *Juries Act*, s. 12. The sheriff must then randomly select the panel from all whose names are on

[204] En Ontario, le processus comporte trois étapes qui mènent à la sélection d’un petit jury constitué de 12 jurés qui jugeront dans un procès criminel. Tout d’abord, le shérif prépare une liste des jurés (C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2^e éd. 1996), p. 114-117). Ensuite, à la demande d’un juge, le shérif sélectionne des noms figurant sur la liste des jurés pour composer les tableaux des jurés (Granger, p. 117-121 et 143). Enfin, le petit jury est formé par tirage en salle d’audience parmi les personnes inscrites au tableau.

[205] Seule la troisième étape du processus est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; les deux autres sont régies par des lois provinciales (E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 17-2; Granger, p. 143). L’entorse à la Constitution invoquée dans le présent pourvoi est survenue à la première étape du processus de sélection des jurés et concerne la préparation de la liste des jurés.

[206] En Ontario, la préparation de la liste des jurés est régie par la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3. Aux termes de l’art. 5, le shérif détermine chaque année le nombre de candidats jurés nécessaires au cours de l’année et transmet ces renseignements au directeur de l’évaluation, qui fait envoyer des avis de sélection de juré et les formules de rapport à des personnes choisies au hasard (par. 6(1)). Toute personne qui reçoit un tel avis a l’obligation légale de renvoyer la formule de rapport dûment remplie au shérif (par. 6(5)), à défaut de quoi elle peut être déclarée coupable d’une infraction punissable d’une amende ou d’une peine d’emprisonnement (par. 38(3)). Après avoir reçu les formules de rapport, le shérif dresse la liste des jurés en y inscrivant le nom des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés parmi celles qui ont renvoyé la formule et il certifie que la liste est conforme (art. 8 et 9).

[207] Lorsque la formation d’un tableau des jurés est requise, un juge de la Cour supérieure de justice délivre au shérif des citations selon la formule prescrite par les règlements (*Loi sur les jurys*, art. 12). Le shérif choisit ensuite le tableau en faisant

the jury roll (ss. 15 to 18.1). Members of the panel are subsequently summoned by the sheriff and, if not excused for reason of illness or serious hardship, are required by law to attend the court's sitting (s. 19).

[208] When a petit jury is selected for a trial, the clerk of the court randomly draws names of members of the jury panel following the procedure prescribed at s. 631 of the *Criminal Code*. In turn, the jurors whose names have been drawn and who have not been either excused by the judge, challenged peremptorily or successfully challenged for cause are sworn in until all of the jurors required to try the case (and alternates if any) have been selected: *Criminal Code*, ss. 639 to 642.

[209] I turn next to the lists from which people are selected at random to get jury service notices and questionnaires. The process for obtaining lists of residents differs depending on the territory. There are three categories.

[210] The first relates to people living in territory with municipal organization, i.e. those who are included in the enumeration under the *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, the Director of Assessment is required to send jury service notices to a random selection of persons whose names and addresses have been obtained at the most recent enumeration of the inhabitants of the county under s. 15 of the *Assessment Act*.

[211] The second category is for people who live neither in municipally organized territory nor on reserves. Section 8(6) of the *Juries Act* provides that the sheriff is to "have recourse to the latest polling list prepared and certified for such territory, and to any assessment or collector's roll prepared for

un tirage au sort à partir de tous les noms qui figurent sur la liste des jurés (art. 15 à 18.1). Le shérif assigne ensuite les personnes inscrites au tableau, lesquelles sont légalement tenues, à moins d'avoir été exemptées pour cause de maladie ou de préjudice grave, de se présenter devant le tribunal (art. 19).

[208] Pour la formation du petit jury en vue d'un procès, le greffier du tribunal tire au sort les noms des personnes inscrites au tableau des jurés en suivant la procédure prévue à l'art. 631 du *Code criminel*. Par la suite, les jurés dont le nom a été tiré et qui n'ont pas été dispensés par le juge ou qui n'ont pas fait l'objet d'une récusation péremptoire ou d'une récusation motivée fondée sont assermentés jusqu'à ce que leur nombre suffise à constituer un jury complet (y compris des jurés suppléants, s'il en est ordonné) (*Code criminel*, art. 639 à 642).

[209] Examinons les registres qui servent à la sélection aléatoire des personnes à qui seront envoyés des avis de sélection de juré et des formules de rapport. Dans les présents motifs, les termes « sources », « registres » et « bassin » sont employés de manière interchangeable et renvoient au terme « listes brutes » qu'utilisent mes collègues. Le processus qui permet d'obtenir les registres de résidents diffère selon le territoire. Il en existe trois catégories.

[210] La première vise les personnes qui résident dans une municipalité, c'est-à-dire les personnes dénombrées au recensement prévu par la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31. Suivant le par. 6(2) de la *Loi sur les jurys*, le directeur de l'évaluation doit envoyer les avis de sélection de juré à des personnes choisies au hasard, dont le nom et l'adresse proviennent du dernier recensement des habitants du comté effectué en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur l'évaluation foncière*.

[211] La deuxième catégorie vise les personnes qui ne résident ni dans un territoire érigé en municipalité ni dans une réserve. Le paragraphe 8(6) de la *Loi sur les jurys* prévoit que le shérif « peut recourir à tout registre disponible et, notamment, à la plus récente liste électorale établie et certifiée

school purposes” and that he “may obtain names from any other record available”.

[212] The third category consists of people residing on reserves. I note that there is no dispute in this case that the overwhelming majority of on-reserve residents are Aboriginal people. Therefore, like the Court of Appeal, I do not see any meaningful distinction between “on-reserve residents” and “Aboriginal on-reserve residents” (para. 11). Aboriginal reserves are not subject to assessments under the *Assessment Act* and as a result the Ontario government does not produce lists of Aboriginal on-reserve residents. Unlike in the first two categories, the *Juries Act* does not refer to any other specific record of Aboriginal on-reserve residents that is to be used by the sheriff for jury purposes. Instead, s. 6(8) simply permits the sheriff to “obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available”.

[213] It should be noted that, even though under the *Juries Act* it is the “sheriff” who is responsible for the jury roll process, in practice these responsibilities are carried out by various provincial and local employees. Local court staff is responsible for determining the number of jury service notices to be sent out for both on-reserve and off-reserve residents. The Municipal Property Assessment Corporation is responsible for randomly selecting names from municipal enumeration lists while local court staff is responsible for the random selection and for the mailing of notices to Aboriginal on-reserve residents. In addition, the Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for preparing the jury notices and questionnaires, which are then provided to local court staff and mailed out. Once the questionnaires have been returned and the roll is ready, the roll is certified by the Director for Court Operations for the West Region, who acts as the sheriff for this purpose. Finally, the PJC is responsible for issuing summons and generating a jury panel on receipt of a precept, using a computerized jury selection system.

pour ce territoire, ainsi qu’au rôle d’évaluation ou de perception dressé aux fins scolaires ».

[212] La troisième catégorie vise les personnes qui résident dans une réserve. Je fais remarquer qu’il est acquis aux débats en l’espèce que la très grande majorité des résidents d’une réserve sont des Autochtones. Par conséquent, tout comme la Cour d’appel, j’estime qu’il n’existe pas de véritable distinction entre les [TRADUCTION] « résidents de réserves » et les « résidents autochtones de réserves » (par. 11). Les réserves autochtones n’étant pas visées par le recensement prescrit par la *Loi sur l’évaluation foncière*, le gouvernement ontarien ne produit pas de listes énumérant les résidents autochtones des réserves. Contrairement à ce qui y est prévu dans le cas des deux premières catégories, la *Loi sur les jurys* ne renvoie dans ce cas à aucun registre précis des résidents autochtones de réserves pour la sélection d’un jury par le shérif. En fait, le par. 6(8) permet simplement au shérif d’« obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible ».

[213] Il convient de souligner que, sous le régime de la *Loi sur les jurys*, la responsabilité d’établir la liste des jurés incombe au « shérif », mais ce sont divers employés provinciaux et locaux qui s’en acquittent dans les faits. Le personnel judiciaire local détermine le nombre d’avis de sélection de juré qui doivent être envoyés aux résidents de réserves et aux résidents hors réserve. La Société d’évaluation foncière des municipalités sélectionne des noms au hasard à partir de la liste de recensement municipale, tandis que le personnel judiciaire local s’occupe de la sélection au hasard de résidents autochtones de réserves et de l’envoi des avis à ces derniers. En outre, le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») prépare les avis de sélection de juré et les formules de rapport, qui sont ensuite remis au personnel judiciaire local qui les achemine par la poste. Une fois que les formules de rapport sont retournées au shérif et que la liste des jurés est préparée, celle-ci est certifiée par le directeur de l’administration des tribunaux de la région Ouest, qui agit au nom du shérif à cet égard. Enfin, le CPSJ est celui qui délivre les assignations et dresse le tableau des jurés au moyen d’un système de sélection des jurés informatisé, sur réception de la citation.

C. *Proceedings in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal*

[214] Mr. Kokopenace's concerns with regard to the process leading to the creation of the 2008 jury roll in the District of Kenora were brought to the attention of the trial judge, Stach J. Since the jury had already rendered its verdict, he declined to adjourn the sentencing proceedings to hear a mistrial application because he considered himself *functus officio*.

[215] The challenge to the representativeness of the jury roll was therefore heard for the first time by a panel of the Ontario Court of Appeal, which considered extensive fresh evidence with respect to this issue. The court was unanimous that, in order to satisfy its obligation to provide a representative jury roll, the test was whether Ontario had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included. The Court of Appeal also unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claim. The court divided on the outcome of the appeal, however.

[216] LaForme and Goudge J.J.A., in separate reasons, agreed that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights had been breached by the state's failure to make reasonable efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with a fair opportunity to be included on the jury roll. The majority of the Court of Appeal found that the state knew or ought to have known that there was a serious problem of under-representation of Aboriginal on-reserve residents in the jury roll; that the state's actions to address the problem were inadequate and largely unresponsive to the problems and that additional steps should have been taken to address the under-representation issue at the material time. A new trial was ordered.

[217] The two judges of the majority diverged in their approaches to the specific areas of state action where Ontario failed to meet its constitutional obligation. According to LaForme J.A., the state was facing, but failed to meaningfully address, two main

C. *Instance devant la Cour supérieure de justice et devant la Cour d'appel*

[214] Les préoccupations de M. Kokopenace à l'égard du processus qui a donné lieu à la liste des jurés pour 2008 dans le district de Kenora ont été portées à l'attention du juge Stach, qui présidait le procès. Comme le jury avait déjà prononcé son verdict, le juge a refusé d'ajourner la détermination de la peine afin d'instruire une demande en annulation du procès parce qu'il s'estimait dessaisi.

[215] La question de la représentativité de la liste des jurés a donc été débattue pour la première fois devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a examiné de nombreux nouveaux éléments de preuve à cet égard. La cour a conclu à l'unanimité que, pour déterminer si l'Ontario avait rempli son obligation de fournir une liste des jurés représentative, il fallait se demander s'il avait déployé des efforts raisonnables pour donner aux groupes ayant des perspectives particulières une possibilité honnête d'être inscrits sur cette liste. La Cour d'appel a également rejeté, à l'unanimité, les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. La cour était cependant divisée sur l'issue de l'appel.

[216] Les juges LaForme et Goudge ont tous deux convenu, dans des motifs distincts, que les droits que M. Kokopenace tire des al. 11(d) et 11(f) avaient été violés parce que l'État n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour offrir aux résidents autochtones de réserves une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'État connaissait ou aurait dû connaître la grave sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés; que les mesures prises par l'État pour régler le problème étaient insuffisantes et très mal adaptées et que d'autres mesures s'imposaient pour remédier au problème à l'époque pertinente. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[217] Les deux juges majoritaires n'ont pas envisagé de la même façon les sphères d'action étatique où l'Ontario avait manqué à son obligation constitutionnelle. Selon le juge LaForme, l'État se heurtait à deux principaux problèmes auxquels il ne

problems: obtaining accurate up-to-date lists of Aboriginal on-reserve residents and addressing the deteriorating rate of return of the jury questionnaires. Goudge J.A.'s conclusion that Ontario failed to meet its obligations was based on its "failure to make reasonable efforts to facilitate delivery of questionnaires to Aboriginal on-reserve residents and to encourage responses to them" (para. 277).

[218] Rouleau J.A., dissenting, concluded that the state's efforts were sufficient to comply with its *Charter* obligations and would have dismissed the appeal. In his view, the state's efforts should be assessed by focusing on what was known at the time the jury roll was prepared. It is only after the compilation of the 2008 jury roll, with the publication of a report of the Honourable Frank Iacobucci on the issue of First Nations representation on juries in Ontario, that Ontario was made aware of the complexity of the issue: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). According to Rouleau J.A., viewed in light of the information known at the time, the state's efforts had been reasonable.

III. Analysis

A. *What Is the Content of the Right to Have a Representative Jury Roll?*

[219] This appeal raises specific questions about the representativeness of a jury roll in the District of Kenora. But these issues have to be viewed in the broader context of the place and purpose of jury trials in our system of criminal justice and the special meaning of representativeness in connection with s. 11 *Charter* rights.

s'était pas véritablement attaqué : obtenir les listes, à jour et exactes, des résidents autochtones de réserves et prendre des mesures pour améliorer le taux décroissant de renvoi des formules de rapport. Pour sa part, le juge Goudge a conclu que l'Ontario ne s'était pas acquitté de ses obligations parce qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas fait d'efforts raisonnables pour faciliter la distribution des formules aux résidents autochtones de réserves et pour les encourager à les retourner » (par. 277).

[218] Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l'État avait déployé des efforts suffisants pour respecter les obligations que la *Charte* lui impose et, par conséquent, il était d'avis de rejeter l'appel. Selon lui, pour mesurer les efforts de l'État, il fallait s'en tenir à ce qui était connu au moment de la préparation de la liste des jurés. Ce n'est qu'après l'établissement de la liste des jurés pour 2008 et après la publication du rapport de l'honorable Frank Iacobucci sur la représentation des Premières Nations sur les listes des jurés en Ontario que l'Ontario a été avisé de la complexité de la question (*La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (« rapport Iacobucci »). Selon le juge Rouleau, compte tenu des renseignements connus à l'époque, les efforts de l'État étaient à son avis raisonnables.

III. Analyse

A. *En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?*

[219] Le présent pourvoi soulève des questions précises concernant la représentativité des listes des jurés dans le district de Kenora. Il faut cependant examiner ces questions à la lumière de la place qu'occupe le procès avec jury dans notre système de justice pénale et de son objet, compte tenu du sens particulier à donner à la représentativité lorsqu'il est question des droits que garantit l'art. 11 de la *Charte*.

(1) The Jury Trial in the Criminal Justice System

[220] In the Anglo-Canadian tradition of criminal justice, the jury is seen as a “bulwark of individual liberty” of accused persons and as a “vehicle of public education . . . lending the weight of community standards to trial verdicts”: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1309-10; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. The jury functions as a fact-finder, as the conscience of the community, as the ultimate protection against oppressive laws and oppressive law enforcement and as an educative institution through which members of the public directly participate in an important judicial process: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-14. The jury system is intended and ought to enhance the legitimacy of the criminal justice system in the eyes of the public. It puts real power in the hands of the people, giving members of the public both authority and responsibility for how the criminal law is applied in individual cases.

[221] To fulfill these important functions, a jury must be — and be perceived to be — representative of the community, competent in relation to its tasks, impartial and independent. That a jury actually possesses these qualities ultimately depends on who is selected for jury duty. Thus, compilation of the jury roll from which a petit jury is ultimately selected is of fundamental importance to both the fairness in fact and to the perceived fairness of the trial. Selection of a proper jury is the foundation of everything that follows at trial.

(2) The Place of Representativeness Within Section 11 Charter Rights

[222] In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal. Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*,

(1) Le procès avec jury dans le système de justice pénale

[220] Dans la justice pénale de tradition anglo-canadienne, le jury est considéré comme le « rempart des libertés individuelles » de l'accusé et comme « moyen d'éducation du public [. . .] incorporant les normes de la société aux verdicts des procès » (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1309-1310; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). Le jury exerce plusieurs fonctions : il est le juge des faits, la conscience de la collectivité, le rempart contre l'oppression des lois ainsi qu'une institution éducative par laquelle le public participe directement à un processus judiciaire important (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-15). Le système du jury est censé renforcer la légitimité du système de justice pénale aux yeux du public. Il confie un véritable pouvoir aux citoyens en leur donnant l'autorité et la responsabilité d'appliquer le droit pénal dans une affaire donnée.

[221] Pour remplir ces importantes fonctions, le jury doit être — et paraître — représentatif de la collectivité, compétent dans l'accomplissement de ses tâches, impartial et indépendant. La question de savoir si le jury possède effectivement ces qualités dépend des personnes choisies pour constituer le jury. C'est pourquoi l'établissement de la liste des jurés à partir de laquelle le petit jury est formé revêt une importance fondamentale pour l'équité réelle et perçue du procès. La formation d'un jury convenable constitue le fondement sur lequel repose toute l'instruction du procès.

(2) La place de la représentativité dans les droits que garantit l'art. 11 de la Charte

[222] Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. La représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par la

which are engaged with respect to persons “charged with an offence”, provide as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

. . . .

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[223] It will be helpful to briefly set out several points about the contours of the right to a representative jury roll.

(a) *Randomness as a Proxy for Representativeness*

[224] Representativeness of the jury, while of fundamental importance, is nonetheless understood in an “inherently qualified” sense: C.A. reasons, at para. 31. The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random from within that community. When I refer to the requirement of representativeness, I am referring to representativeness in this sense. In the leading case of *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525, L’Heureux-Dubé J. explained that a jury will be sufficiently representative if the initial array (and I would add, the roll from which it is selected) is composed of a random selection made from appropriate sources:

Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries.

Charte. Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte*, qui s’appliquent aux inculpés, disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

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

. . . .

f) sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[223] Il sera utile d’exposer brièvement quelques points concernant les paramètres du droit à une liste des jurés représentative.

a) *La sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité*

[224] La représentativité du jury, dont l’importance est fondamentale, est néanmoins interprétée dans un sens [TRADUCTION] « essentiellement restreint » (motifs de la C.A., par. 31). L’aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Je conçois l’obligation de représentativité exactement dans ce sens. Dans l’arrêt de principe *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525, la juge L’Heureux-Dubé explique qu’un jury sera suffisamment représentatif si le tableau initial (et j’ajouterais, la liste à partir de laquelle ce tableau est établi) résulte d’une sélection aléatoire issue de sources adéquates :

La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s’effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien.

[225] O’Leary J. put the same point well in *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (Alta. Q.B.), at p. 396:

Representativeness is guaranteed, first, by ensuring that as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected is representative of the whole community, and, secondly, by selecting jury panels from that pool on a random basis.

[226] Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. A petit jury is representative if it is properly selected from that roll. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

(b) *There Are Strong Reasons Supporting This Limited Understanding of Representativeness*

[227] Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury: race, gender, sexual orientation, marital status, political leanings, age, and economic status are only a few of the possibilities. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that is representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems. Going down that road would also inevitably lead to serious — and under our legal traditions, unacceptable — intrusions into the privacy of prospective jurors, many of whom would not be willing to reveal the sorts of personal characteristics or opinions included on the brief list I have set out.

[225] Le juge O’Leary a bien expliqué ce point dans le jugement *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (B.R. Alb.), p. 396 :

[TRADUCTION] La représentativité est garantie, premièrement, par l’assurance que le bassin ou la population à partir desquels sont établis les tableaux des jurés est, dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière et, deuxièmement, par la sélection aléatoire des tableaux des jurés à partir de ce bassin.

[226] Ainsi, la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l’issue d’un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Le petit jury est représentatif lorsqu’il est régulièrement sélectionné à partir de cette liste. Or, la sélection aléatoire n’est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s’applique quand il s’agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d’un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

(b) *D’importantes raisons étayent cette conception restrictive de la représentativité*

[227] Des raisons d’ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S’il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d’interminables débats s’ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques, dont la race, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, les allégeances politiques, l’âge et la situation économique. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d’un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d’ordre pratique insurmontables. En outre, s’engager dans cette voie entraînerait inévitablement une incursion grave — voire inacceptable selon nos traditions juridiques — dans la vie privée des candidats jurés, dont un grand nombre refuseraient de révéler ce genre de caractéristiques ou opinions personnelles que j’énumère précédemment.

[228] These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. While we attach great importance to the right to a representative jury roll, this does not imply, let alone require, that this right must trump all other considerations. We also attach great importance to the right to an impartial jury, yet we place strict limits on how that right may be pursued. We do not allow the parties to have prospective jurors examined by psychologists before trial; indeed, we greatly restrict the scope of questioning of prospective jurors in court, even in the context of a demonstrated cause for challenge: see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 51-56. Any number of other examples may be given from the criminal law where we do not pursue one right at the expense of others. There is nothing unusual, let alone "incongruous", about holding that the right to a representative jury roll must be balanced with and defined in light of other important rights and values, including other safeguards of jury impartiality. Moreover, protecting juror privacy may be understood as serving, not undermining, juror impartiality. As Moldaver J. wrote in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 42: "Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at that point are no more relevant than that of the presiding judge."

[229] The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle. But this case is highly unusual. Section 6(8) of the *Juries Act* singles out an obviously distinct group: Aboriginal on-reserve residents. What is even more unusual, the evidence confronts us with the stubborn fact that there are substantially fewer of them — nearly 30 percent fewer — on the jury roll than there would

[228] Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Certes, nous attachons une grande importance au droit à une liste des jurés représentative, mais il ne s'ensuit pas que ce droit l'emporte sur toutes les autres considérations. Nous attachons aussi une grande importance au droit à un jury impartial, et pourtant nous assortissons ce droit de limites strictes. Nous ne permettons pas aux parties de faire examiner les candidats jurés par des psychologues avant le procès; en fait nous restreignons grandement la portée de l'interrogatoire auquel sont soumis les candidats jurés dans la salle d'audience, même lorsqu'un motif de récusation est démontré (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 51-56). On peut nommer en droit criminel bien d'autres cas où un droit n'est pas protégé au détriment d'un autre. Il n'y a rien d'inhabituel, et encore moins d'« incongru », à conclure qu'il faut mettre en balance le droit à une liste des jurés représentative d'une part et les autres droits et valeurs importants, y compris d'autres mesures visant à assurer l'impartialité du jury, d'autre part et que le premier se définit à la lumière des autres. De plus, on peut concevoir que la protection de la vie privée des jurés ne mine pas, mais favorise, l'impartialité du jury. Pour reprendre les propos du juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, qu'il a exprimés au par. 42 : « Lorsqu'ils ont été choisis, les jurés deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience. »

[229] Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire. La présente affaire est toutefois très inhabituelle. Le paragraphe 6(8) de la *Loi sur les jurys* vise un groupe manifestement distinct : les résidents autochtones de réserves. Il est encore plus inhabituel que la preuve nous mette en présence du fait indiscutable qu'ils sont beaucoup moins nombreux sur

be in a random sample of potential jurors in the judicial district. It does not turn our tradition of jury selection upside down to deal with this; it is inconsistent with that tradition to ignore it.

[230] The rationale of the more limited, “randomness” approach to representativeness was well expressed by Rosenberg J.A. in *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21:

The right to a representative jury roll is not absolute in the sense that the accused is entitled to a roll representative of all of the many groups that make up Canadian society. This level of representativeness would be impossible to obtain. There are a number of practical barriers inherent in the selection process that make complete representativeness impossible. The roll is selected from a discrete geographical district which itself may or may not be representative of the broader Canadian society.

Further, the critical characteristic of impartiality in the petit jury is ensured, in part, by the fact that the roll and the panel are produced through a random selection process. To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. [Emphasis added.]

[231] The right to a representative jury roll therefore does not imply any right to be tried by a petit jury which proportionally represents the population. Nor is there a right to be tried by a jury whose members belong to the same group, race or gender as does the accused: *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 55-60, per McLachlin J.; *Church of Scientology*, at p. 121; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *Born with a Tooth*, at p. 397. (I note that the comments of McLachlin J.

la liste des jurés — et ce dans une proportion de près de 30 p. 100 — qu’ils ne le seraient dans un échantillon pris au hasard dans le district judiciaire. Nous attaquer à ce problème ne bouleversera pas notre tradition de sélection des jurés; en faire fi serait la renier.

[230] Dans l’arrêt *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121, le juge Rosenberg a bien expliqué la conception stricte de la représentativité, qui repose sur une sélection aléatoire :

[TRADUCTION] Le droit à une liste des jurés représentative n’est pas absolu si on entend par là qu’elle est représentative de chacun des nombreux groupes dont la société canadienne est composée. Un tel degré de représentativité est impossible à atteindre. De nombreux obstacles concrets propres au processus de sélection rendent la représentativité intégrale impossible. La liste est dressée à partir d’un district géographique précis, lequel peut ou non être représentatif de la société canadienne en général.

En outre, l’impartialité du petit jury est une caractéristique fondamentale qui est assurée, en partie, par le fait que la liste et le tableau sont issus d’un processus de sélection au hasard. Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques perçues nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus indiscret, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés des renseignements concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [Je souligne.]

[231] En conséquence, le droit à une liste des jurés représentative n’emporte pas le droit d’être jugé par un petit jury qui représente, toutes proportions gardées, la population, ni celui d’être jugé par un jury dont les membres appartiennent au même groupe, à la même race ou au même sexe que l’accusé (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 55-60, la juge McLachlin; *Church of Scientology*, p. 121; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *Born with a Tooth*, p. 397). (Je signale

(as she then was) in *Biddle* relate to the composition of a *petit* jury; the Court has at least twice affirmed the requirement that the *jury array* be representative: *Sherratt*, at p. 525, per L'Heureux-Dubé J. for the majority; *Williams*, at paras. 45-47, per McLachlin J. (as she then was) for the Court.)

[232] Representativeness as we understand it is thus largely dependent on the jury roll from which potential jurors are selected because a random selection of persons from that roll is deemed to be sufficiently representative.

[233] Let me be crystal clear. The focus of this analysis is on the process of random selection because this is, in our legal tradition, a proxy for representativeness. A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll as in *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection *process* does not mean that the *results* of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. The process used in this case produced results that obviously and significantly departed from any result that could be obtained by a proper process of random selection. Unlike my colleague Moldaver J., my view is that we should not ignore the results when they plainly show, as they do here, a significant departure from a properly conducted random selection process.

(c) *Representativeness and Impartiality Are Distinct But Related Concepts*

[234] Representativeness should not be confused or equated with impartiality. But representativeness is part of an interlocking set of protections which,

que les remarques de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Biddle* portaient sur la composition du *petit* jury; la Cour a confirmé à au moins deux reprises l'obligation quant à la représentativité du *tableau des jurés* (*Sherratt*, p. 525, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires; *Williams*, par. 45-47, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au nom de la Cour.)

[232] La représentativité telle que nous la concevons dépend donc largement de la liste des jurés utilisée pour la sélection des candidats jurés puisqu'une sélection au hasard des noms tirés de cette liste est réputée satisfaire au critère de représentativité.

[233] Je tiens à être très clair. L'analyse est axée sur le processus de sélection aléatoire parce qu'il est, dans notre tradition juridique, l'instrument de la représentativité. Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste, comme cela s'est produit dans l'affaire *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le *processus* de sélection aléatoire ne signifie pas que les *résultats* du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. En l'espèce, le processus a produit des résultats qui se démarquent manifestement et considérablement de ceux qu'aurait produits une sélection aléatoire en bonne et due forme. Contrairement à mon collègue, le juge Moldaver, j'estime qu'on ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement, comme dans la présente affaire, un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

c) *La représentativité et l'impartialité sont des notions distinctes, mais connexes*

[234] Il ne faudrait pas confondre représentativité et impartialité. La représentativité s'inscrit dans un ouvrage de protections qui contribuent à

together, help to assure impartiality and contribute to public confidence. These include instructions from the trial judge, submissions from counsel, challenges to the jury array, the trial judge's authority to screen out partial jurors and the challenge for cause process: see, e.g., *Williams*, at para. 47. As L'Heureux-Dubé J. put it in *Sherratt*:

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable . . . [Emphasis added; p. 525.]

[235] Under ss. 629 and 630 of the *Criminal Code*, an accused person or the prosecutor may challenge the “array” — i.e. the panel of jurors summoned for jury selection — on grounds of “partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or other officer by whom the panel was returned”: see also Ewaschuk, at pp. 17-5 and 17-6. This sort of challenge is made before trial. Such challenges have been made, for example, where there was evidence that the sheriff had a policy of not including Aboriginal people in the array and where the array was assembled using long outdated lists which excluded tens of thousands of eligible jurors: *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.); *Buckingham*.

[236] The trial judge has considerable discretion to excuse jurors whose impartiality is questioned: *Criminal Code*, ss. 632 and 633. The parties also have the right to exercise peremptory challenges and the opportunity to challenge for cause, which are provided for by ss. 634 to 638 of the *Criminal Code*: see also *Williams*, at para. 47; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 334.

[237] These opportunities to assure impartiality in fact work with the requirement of representativeness

assurer l'impartialité du jury et la confiance du public. Il s'agit notamment des directives du juge et des avocats, de la récusation du tableau des jurés, du pouvoir du juge d'écarter les jurés partiaux et du processus de récusation motivée (voir p. ex. *Williams*, par. 47). Pour reprendre les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Sherratt* :

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable . . . [Je souligne; p. 525.]

[235] Aux termes des art. 629 et 630 du *Code criminel*, l'accusé ou le poursuivant peut demander la récusation du tableau des jurés, soit ceux qui ont été assignés pour constituer le jury, pour l'un des motifs suivants : « . . . partialité, fraude ou in-conduite délibérée du shérif ou des autres fonctionnaires qui ont constitué le tableau » (voir également Ewaschuk, p. 17-5 et 17-6). Les demandes de ce genre sont présentées avant le procès. La récusation a été demandée, par exemple, dans un cas où la preuve avait établi que le shérif avait pour principe de n'inscrire aucun Autochtone au tableau et un autre où le tableau avait été créé à partir de registres depuis longtemps périmés sur lesquels ne figuraient pas des dizaines de milliers de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés (*R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.); *Buckingham*).

[236] Le juge du procès a un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de dispenser les jurés dont l'impartialité est mise en doute (*Code criminel*, art. 632 et 633). Les parties ont également le droit de récuser péremptoirement un juré et la possibilité de procéder à la récusation motivée, prévus aux art. 634 à 638 du *Code criminel* (voir également *Williams*, par. 47; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 334).

[237] Ces moyens de garantir l'impartialité, conjugués à l'obligation de représentativité, visent à

to ensure an impartial jury whose views and attitudes are anchored in the community in which the trial takes place. The resulting jury is thus a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *Sherratt*, at p. 524.

[238] All of these protections, including the requirement of representativeness, are especially important in the context of potential racial prejudice. As the present Chief Justice wrote in *Williams*, racial prejudice is “insidious”. It is “[b]uried deep in the human psyche” and rests on “preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals” (para. 21). A jury roll that is representative of the community is more likely to result in a petit jury that can avoid these often unconscious effects of racism. Indeed, our law of challenge for cause is premised on representativeness in this sense: *ibid.*, at para. 42. If that premise is not sound, the interlocking protections of impartiality as a whole are weakened.

[239] *Williams* also teaches us to be sceptical about “slippery slope” arguments used to oppose efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection. It is suggested by my colleague that addressing the race-based underrepresentation that confronts in this case will make it “virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country” so that the “administration of criminal justice would suffer a devastating blow”: Moldaver J., at para. 83. Similar contentions were advanced in opposition to race-based challenges for cause in *Williams*: see paras. 51-56. They were rejected and the sky has not fallen. They should be rejected here as well.

[240] There are many obvious concrete and practical steps that could be taken to address this problem.

produire un jury impartial dont les membres ont des points de vue et des attitudes ancrés dans la collectivité où se tient le procès. Le jury ainsi produit est donc un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[238] Toutes ces protections, y compris l’obligation de représentativité, sont particulièrement importantes dans un contexte où les préjugés raciaux sont possibles. Pour reprendre les propos de la Juge en chef actuelle dans *Williams*, les préjugés raciaux sont d’une nature « insidieuse ». Ces notions « [p]rofondément enracinées dans la psyché humaine » reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu’ils s’en rendent compte » (par. 21). Une liste des jurés représentative de la collectivité donnera vraisemblablement un petit jury qui pourra éviter ces effets souvent inconscients du racisme. D’ailleurs, les règles relatives à la récusation motivée sont fondées sur le principe de la représentativité entendue en ce sens (*ibid.*, par. 42). Si la prémisse n’est pas solide, l’ouvrage des protections de l’impartialité s’en trouve en entier affaibli.

[239] L’arrêt *Williams* nous enseigne également de nous méfier des arguments dits « du doigt dans l’engrenage » que l’on pourrait invoquer pour s’opposer aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés. Mon collègue propose que si on voulait remédier à la sous-représentation fondée sur la race qui est en cause dans le présent litige, il « serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays » de telle sorte que « l’administration de la justice pénale en souffrirait énormément » (motifs du juge Moldaver, par. 83). Des arguments semblables avaient été avancés dans l’affaire *Williams* en opposition à la récusation fondée sur la race (voir par. 51-56). À l’époque, ils ont été rejetés, et le ciel ne nous est pas tombé sur la tête. De même, il faut les rejeter en l’espèce.

[240] Il existe de nombreux moyens évidents de s’attaquer concrètement au problème. Par exemple,

Some of these, for example, are outlined in the reasons of Goudge J.A. in the Court of Appeal: see, e.g., para. 273. One such obvious step — and one which was not taken — was to make “a concerted effort to determine from Aboriginal on-reserve leaders why the response rates were so comparatively low, or what the state might do to help” (para. 265). Goudge J.A. concluded that “there are and were things the state could do to alleviate the problem, had it investigated” (para. 274). Or as LaForme J.A. summed it up: “. . . the state’s actions show that it almost entirely failed to inform its approach with an understanding of its special relationship with Aboriginal people There is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210).

(d) *Representativeness and Sections 11(f) and 11(d) of the Charter*

[241] Section 11(f) — guaranteeing a right to a jury trial for offences punishable by five years in prison or a more severe penalty — enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component. L’Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, at p. 524, noted that the jury “was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” and that “[a]ny other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body.” I touched on these rationales earlier. They include bringing collective wisdom to the task of fact-finding, acting as the conscience of the community, providing a bulwark against oppressive laws or their enforcement, serving as a means by which the public may increase its knowledge of the criminal justice system and through that knowledge increase societal trust in the system as a whole: *Sherratt*, at pp. 523-24.

certain sont esquissés dans les motifs du juge Goudge de la Cour d’appel (voir p. ex. par. 273). L’un de ces moyens évidents — mais qui n’a pas été pris — consistait à faire [TRADUCTION] « des efforts concertés pour déterminer, après consultation des chefs des réserves autochtones, les causes du faible taux de réponse au sein de celles-ci par rapport au taux à l’extérieur des réserves ou les mesures étatiques qui permettraient d’améliorer la situation » (par. 265). Selon le juge Goudge, « il y a et il y avait des solutions pour remédier à ce problème, si l’État les avait cherchées » (par. 274). Ou encore, comme le résume le juge LaForme de la Cour d’appel : [TRADUCTION] « . . . les actes de l’État démontrent qu’il a presque fait complètement fi de la relation spéciale qu’il entretient avec les Autochtones [. . .] Rien ne prouve que l’État a tenu compte de la marginalisation critique des Autochtones dans le système de justice pénale [. . .] dans sa façon d’aborder le problème de leur représentation au sein des jurys » (par. 210).

d) *La représentativité et les al. 11f) et 11d) de la Charte*

[241] L’alinéa 11f) — le droit de bénéficier d’un procès avec jury si l’on est accusé d’une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou d’une peine plus grave — constitutionnalise l’institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante. Dans l’arrêt *Sherratt*, la juge L’Heureux-Dubé souligne à la p. 524 que le jury « [est] con[çu] [. . .] comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » et que « [t]oute autre vision risque d’aller à l’encontre des motifs mêmes de l’existence d’une telle institution. » J’aborde précédemment ces motifs : la qualité de juge des faits du jury repose sur la sagesse collective des jurés; il exprime la conscience de la collectivité; il sert de rempart contre les lois oppressives ou leur application; il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle; et, grâce à cette connaissance, il accroît la confiance de la société dans l’ensemble du système (*Sherratt*, p. 523-524).

[242] Representativeness therefore “brings to the jury function . . . the possibility of different perspectives from a diverse group of persons” and “seeks to avoid the risk that persons with these different perspectives . . . will be systematically excluded from the jury roll”: *Church of Scientology*, at p. 122. It follows that representativeness is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury: *Sherratt*, at p. 525. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the “conscience of the community” and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. It is therefore seen as an element of that right: *Sherratt*, at pp. 523-25; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43, per McLachlin C.J.; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (Sask. Q.B.); *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, at paras. 132-43; *Church of Scientology*, at p. 119.

[243] In addition to the role that representativeness plays in actualizing the right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, it is also one of the components which ensure that the jury is “an independent and impartial tribunal” under s. 11(d). In *Williams*, this Court included a “representative jury pool” as one of the “essential safeguard[s] of the accused’s s. 11(d) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury”: para. 47; see also *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 42; *Davey*, at para. 30; *Parks*, at p. 336. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). For example, in *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the court found that the sheriff’s complete failure to obtain lists of Aboriginal on-reserve residents resulted in a jury roll that was not representative and, relying on s. 11(d) of the *Charter*, declared the selection process for the array to be fatally flawed *ab initio*. In the context of a coroner’s inquest, the Ontario Court of Appeal also stated that the effective exclusion of Aboriginal people could be

[242] Par conséquent, la représentativité [TRANSDUCTION] « assortit les fonctions du jury [. . .] de la possibilité qu’un groupe hétérogène présente des points de vue différents » et « vise à faire en sorte que des personnes avec ces points de vue différents [. . .] ne risquent pas d’être systématiquement exclues de la liste des jurés » (*Church of Scientology*, p. 122). Il s’ensuit que la représentativité constitue l’une des caractéristiques fondamentales d’un jury régulièrement formé (*Sherratt*, p. 525). La représentativité, tout comme l’impartialité, est essentielle pour que l’institution du jury joue son rôle de « conscience de la collectivité » et pour que l’al. 11f) ait un véritable effet (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). La représentativité est conçue comme une partie intégrante de ce droit (*Sherratt*, p. 523-525; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43, la juge en chef McLachlin; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (B.R. Sask.); *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, par. 132-143; *Church of Scientology*, p. 119).

[243] En plus du rôle qu’elle joue pour donner effet au droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, la représentativité constitue l’un des éléments qui font du jury « un tribunal indépendant et impartial » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11d). Dans l’arrêt *Williams*, la Cour précise qu’un « tableau des jurés représentatif » constitue une « garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l’al. 11d) de la *Charte* confère à l’accusé » (par. 47; voir également *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 42; *Davey*, par. 30; *Parks*, p. 336). Les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s’il y a eu violation à l’al. 11d). Par exemple, dans l’affaire *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a conclu que l’omission par le shérif d’obtenir des registres de résidents autochtones de réserves avait donné lieu à une liste des jurés qui n’était pas représentative et, sur le fondement de l’al. 11d) de la *Charte*, a déclaré que le processus de sélection du tableau des jurés était irrémédiablement vicié *ab initio*. Dans le

fatal to the jury roll: *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

[244] As it is guaranteed under ss. 11(d) and 11(f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons “charged with an offence”, not of particular groups or the community at large. Thus, to the extent that the representativeness is an aspect of the rights guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, it does not follow that there is a corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group, to be included on a jury roll, jury array, or petit jury.

(3) When Does a Defect in the Representativeness of the Jury Roll Constitute a Breach of Sections 11(f) and 11(d)?

[245] Generally, in order to achieve a representative jury roll that will satisfy the requirement of representativeness under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, two things are necessary.

[246] First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. As was said in *Born with a Tooth*, “as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected [should be] representative of the whole community” (p. 396). The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district.

[247] Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of

contexte d’une enquête du coroner, la Cour d’appel de l’Ontario a également affirmé que l’exclusion effective des Autochtones pouvait vicier la liste des jurés (*Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321).

[244] Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l’« inculpé », et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Par conséquent, si la représentativité constitue un aspect des droits garantis aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, ces dispositions ne confèrent pas pour autant un droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d’une liste de jurés, d’un tableau de jurés ou d’un petit jury.

(3) Quand la non-représentativité de la liste des jurés constitue-t-elle une violation des al. 11f) et 11d)?

[245] En général, pour obtenir une liste des jurés représentative qui satisfera généralement à l’obligation de représentativité visée aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réunies.

[246] Premièrement, les registres à partir desquels sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatifs du district. Ainsi que l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Born with a Tooth*, [TRADUCTION] « le bassin ou la population à partir duquel sont établis les tableaux des jurés [devrait être], dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière » (p. 396). La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si le registre des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complet et aussi exact que possible et qu’il ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district.

[247] Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire du registre.

notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

(4) The Court of Appeal's Test

[248] The Court of Appeal set out a test to determine whether the state had complied with its constitutional obligations to ensure that jury trials are conducted before representative juries. The court held that what is required is “reasonable efforts to seek to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included”: para. 50, per LaForme J.A. I respectfully disagree with two aspects of this approach.

[249] First, and unlike my colleague Moldaver J., I would not express the test in terms of the state providing a “fair opportunity” for particular perspectives to be included. This approach skews whose right is at stake and whose obligation it is to comply. Speaking of a “fair opportunity” to be included takes the focus off the fact that under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, the right to a representative jury roll is the right of the accused, not of those who ought to have been included on the roll. Moreover, this “fair opportunity” formulation also takes the focus off the state’s constitutional obligation to provide a representative jury. We do not speak of a “fair opportunity” to have a fair trial or issuing an “invitation” to be free of unreasonable searches and seizures. Respectfully, it seems to me to be inconsistent with basic principles of *Charter* rights to speak in terms of a “fair opportunity” to have a representative jury. I do not see any “fair opportunity” standard in ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

L’État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d’avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d’influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard dans le registre, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n’est alors plus l’instrument de la représentativité.

(4) Le critère énoncé par la Cour d’appel

[248] La Cour d’appel a énoncé un critère visant à déterminer si l’État avait rempli ses obligations constitutionnelles de garantir que les procès avec jury sont tenus devant des jurys représentatifs. Selon elle, il faut démontrer [TRADUCTION] « des efforts raisonnables pour tenter de donner aux résidents autochtones de réserves, un groupe ayant des points de vue distincts, une possibilité honnête d’être représentés » (par. 50, le juge LaForme). Je ne partage malheureusement pas leur avis sur deux points.

[249] Premièrement, à mon avis, et contrairement à celui du juge Moldaver, il ne faut pas concevoir le critère comme étant celui de savoir si l’État donne ou non une « possibilité honnête » à des points de vue en particulier d’être représentés. Par cette approche, on confond le bénéficiaire du droit en jeu et le détenteur de l’obligation. Dans l’expression « possibilité honnête » d’être représenté, l’accent n’est plus sur le fait que le droit à une liste des jurés représentative appartient à l’inculpé, aux termes des al. 11d) et 11f) de la *Charte*, mais il est davantage sur ceux qui auraient dû être inscrits sur la liste. Qui plus est, dans cette expression l’accent n’est plus sur l’obligation constitutionnelle de l’État de garantir un jury représentatif. Par ailleurs, on ne parle jamais d’une « possibilité honnête » de bénéficier d’un procès équitable ou d’une « invitation » à être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Soit dit en tout respect, il me semble que la notion de « possibilité honnête » d’avoir un jury représentatif n’est pas conforme aux principes consacrés dans la *Charte*. J’estime qu’il n’y a dans les al. 11d) ou 11f) de la *Charte* aucune norme fondée sur une « possibilité honnête ».

[250] Second, I would not adopt the “reasonable efforts” standard for determining whether a limitation of the right has occurred proposed by the Court of Appeal and adopted by Moldaver J. In my opinion, this approach is disconnected from a proper analysis of the *Charter* right at stake. The “reasonable efforts” standard makes it easy to lose sight of the fact that it is the state’s responsibility to comply with the *Charter* and that it is the right of an accused person to be tried by a jury selected in accordance with the *Charter*. It is the state’s constitutional obligation not to breach people’s *Charter* rights, not simply to make “reasonable efforts” not to do so. Moreover, the “reasonable efforts” standard glosses over the question of whether the limitation of the right is the result of state action.

(5) Representativeness and State Action

[251] The *Charter* protects against interference *by the state* with guaranteed rights: s. 32. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 73-78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paras. 126 and 131-34. This does not require that the state action be “the only or the dominant cause” of the limitation provided that there is a “real, as opposed to a speculative, link” between the alleged limitation and the state action: *Bedford*, at para. 76. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has also been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation and, in my view, this threshold applies in the context of this case.

[250] Deuxièmement, je n’adopterais pas la norme des « efforts raisonnables », afin de déterminer s’il y a eu restriction du droit, proposée par la Cour d’appel et adoptée par mon collègue, le juge Moldaver. Cette approche s’éloigne, à mon avis, de l’analyse applicable au droit garanti par la *Charte* dont il est question. La norme des « efforts raisonnables » nous fait facilement perdre de vue le fait que la responsabilité de se conformer à la *Charte* incombe à l’État et que le droit de bénéficier d’un procès avec jury sélectionné d’une manière conforme à la *Charte* appartient à l’inculpé. L’État a l’obligation constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*; il ne suffit pas qu’il déploie des « efforts raisonnables » en ce sens. En outre, la norme des « efforts raisonnables » évacue la question de savoir si la restriction imposée au droit résulte d’une action de l’État.

(5) La représentativité et les actions de l’État

[251] La *Charte* protège contre les interventions attentatoires *de l’État* (art. 32). Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu’il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l’État. La question qui se pose est celle de savoir s’il existe un lien suffisant entre les actes de l’État et la restriction du droit, de sorte qu’il est possible d’affirmer que cette limite est le fait de l’État (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 73-78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 126 et 131-134). Il n’est pas nécessaire que l’action de l’État soit « l’unique ou la principale cause » de la restriction pourvu qu’il existe « un lien réel, et non hypothétique » entre la restriction reprochée et l’action de l’État (*Bedford*, par. 76). Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l’art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l’égard d’autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne. J’estime que ce critère convient dans la présente affaire.

[252] For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, an equality case under s. 15 of the *Charter*, Iacobucci J. explained that claimants must demonstrate that the state either “wholly caused, or contributed to”, the adverse effects (pp. 764-65). More recently, in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, Abella J. took a similar approach to the causal link, stating that “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory” (para. 332). Importantly, she also rejected an approach which would internally limit equality rights by looking at the reasonableness of state action, concluding that this was a matter best left for the justification analysis under s. 1 of the *Charter* (para. 333).

[253] A similar requirement of sufficient connection also underlies this Court’s jurisprudence on the s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time. In these cases, any action of the Crown which contributes to delay, including systemic problems, such as limits on institutional resources, will be weighed against the Crown: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at pp. 795-96. In other words, every delay which has a sufficient connection to state action will be taken into consideration when deciding whether the state has breached the accused’s right to be tried within a reasonable time.

[254] A similar approach is also evident under provincial human rights legislation. In *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, an adverse effects discrimination case under British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, this Court stated that a *prima facie* breach exists when state action had the result of denying a student meaningful access to the mandated objectives of public education based on a protected ground (para. 36). Whether the claimant has

[252] Par exemple, dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, une affaire soulevant le droit à l’égalité protégé par l’art. 15 de la *Charte*, le juge Iacobucci explique que les demandeurs doivent démontrer que les effets préjudiciables ont été « causés en totalité ou en partie » par l’État (p. 764-765). Plus récemment, dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, la juge Abella adopte un critère similaire en matière de causalité et indique que « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » (par. 332). Fait important, elle rejette également une approche selon laquelle les droits à l’égalité seraient restreints par une limitation interne fondée sur le caractère raisonnable des actes étatiques, et conclut qu’il vaut mieux examiner cette question dans l’analyse relative à la justification que commande l’article premier de la *Charte* (par. 333).

[253] Une exigence semblable fondée sur l’existence d’un lien de causalité suffisant sous-tend la jurisprudence de la Cour sur le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) de la *Charte*. Suivant ces affaires, les actes du ministère public qui contribuent à retarder l’instance, notamment les problèmes systémiques comme la pénurie de ressources institutionnelles, jouent contre lui (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 795-796). En d’autres termes, les lenteurs ayant un lien de causalité suffisant avec une action de l’État sont prises en compte dans l’analyse visant à déterminer si ce dernier a violé le droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable.

[254] Une approche semblable ressort également des lois provinciales en matière de droits de la personne. Dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, une affaire de discrimination par suite d’effets préjudiciables fondée sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 210, la Cour affirme qu’il y a, à première vue, infraction si l’action de l’État a pour résultat de priver un élève de l’accès concret aux services découlant de la mission

established the necessary link between the state action and the limitation of a *Charter* right is essentially a question of fact.

[255] As I see it, the starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative in the sense that I have described. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action; in other words, is there a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state? In my view, in order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it.

[256] With respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between these two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so. As I see it, it is only in this sense that a "reasonable efforts" notion has a role to play in considering whether a sufficient connection to state action exists. The basic question is whether the claimant has established a sufficient connection between state action and the limitation of the right.

de l'éducation publique pour un motif protégé (par. 36). La question de savoir si le demandeur a établi l'existence du lien nécessaire entre l'action de l'État et la restriction du droit garanti par la *Charte* est essentiellement une question de fait.

[255] J'estime que le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative au sens que j'ai décrit. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État; en d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État? À mon avis, pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité à le régler.

[256] Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre les deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir. C'est, à mon sens, uniquement à cet égard que la notion d'« efforts raisonnables » peut jouer un rôle dans l'examen de la question de savoir s'il existe un lien suffisant avec l'action de l'État. La question fondamentale est celle de savoir si le demandeur a établi l'existence d'un lien suffisant entre l'action de l'État et la restriction du droit.

(6) The “Negative Prohibition” and “Unintentional Exclusion” Approaches Must Be Rejected

[257] In light of this analysis, I respectfully reject the Crown’s submission that the right to a representative jury roll simply means that the state cannot improperly exclude groups from the jury roll. Similarly, I cannot accept my colleague Karakatsanis J.’s position that “the unintentional exclusion of a small community . . . does not undermine the representativeness of the jury roll” (para. 180). The premises underlying both propositions are inconsistent with basic *Charter* principles. The state is not only responsible for its purposeful conduct that limits rights but also for the unintended and undesired effects of its acts or omissions. Courts have always looked at the purpose *and* the effect of state action in order to determine its constitutionality: “. . . both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation” (*Big M Drug Mart*, at p. 331). In my view, accepting the proposition that a *Charter* breach occurs only if the state’s conduct is intentional or otherwise improper would be a significant and unwelcome departure from this Court’s *Charter* jurisprudence.

[258] Moreover, these “negative prohibition” and “unintentional exclusion” standards would do little to provide the accused with the jury he or she is entitled to in cases where there are systemic problems with the inclusion in the jury roll of certain groups in the judicial district where the accused is tried. It would mean that, as long as the state does not improperly or intentionally exclude a group such as Aboriginal on-reserve residents, it has no other obligation to provide a representative jury roll. This is not, in my view, consistent with the *Charter* right to a representative jury roll.

(6) L’approche « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » doivent être rejetées

[257] Compte tenu de l’analyse qui précède, je rejette l’argument du ministère public selon lequel le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut irrégulièrement exclure certains groupes de cette liste. De même, je ne peux souscrire à l’opinion de ma collègue, la juge Karakatsanis, selon laquelle « l’exclusion involontaire d’une petite collectivité [. . .] ne mine pas la représentativité de la liste des jurés » (par. 180). Les fondements sur lesquels reposent les deux propositions ne cadrent pas avec les principes fondamentaux de la *Charte*. L’État est non seulement responsable de sa conduite attentatoire délibérée, mais aussi des effets involontaires et non souhaitables de ses actions ou omissions. Les tribunaux ont toujours analysé *et* l’objet *et* l’effet de l’action étatique pour en déterminer la constitutionnalité : « . . . l’objet et l’effet d’une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l’un et l’autre rendre une loi invalide » (*Big M Drug Mart*, p. 331). À mon avis, en acceptant qu’une violation de la *Charte* ne puisse découler que d’un acte intentionnel ou fautif de la part de l’État, on déroge grandement et à mauvais droit à la jurisprudence de la Cour.

[258] Qui plus est, la norme « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » font peu pour assurer à l’accusé le jury auquel il a droit dans les cas où l’inscription de certains groupes à la liste des jurés dans le district judiciaire où l’accusé subit son procès présente des problèmes systémiques. Il en résulterait que, pourvu qu’il n’exclue pas irrégulièrement ou intentionnellement un groupe — par exemple, les résidents autochtones de réserves —, l’État n’aurait à s’acquitter d’aucune autre obligation quand il s’agit de fournir une liste des jurés représentative. J’estime que cette approche n’est pas conforme au droit garanti par la *Charte* à une liste des jurés représentative.

B. *Was There a Breach of That Right in Mr. Kokopenace's Case?*

(1) Was the Jury Roll Representative?

[259] The first question, as I see it, is whether the jury roll assembled for use in this case met the standard of representativeness required by the *Charter*. This case does not require us to pronounce comprehensively on what constitutes a sufficiently representative jury roll. This case concerns a situation in which, by anyone's reckoning, the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce. In the particular and exceptional facts of this case, we know this because (i) on-reserve residents are overwhelmingly Aboriginal people; (ii) on-reserve residents constitute about 30 percent of the adult population of the judicial district; and (iii) on-reserve residents constitute about 4 percent of the jury roll. Thus we have a substantially different jury roll than would be produced by a proper process of random selection because of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. If that does not constitute a failure to assemble a representative jury roll, I have difficulty understanding what would.

(2) Is the Lack of Representativeness Attributable to State Action?

[260] The more challenging question is whether the lack of representativeness is sufficiently linked to state action or inaction. What is required is not a strict causal connection but rather a sufficient connection, as outlined earlier.

[261] There were four matters that potentially contributed to the jury roll's lack of representativeness and I will consider each in turn.

[262] We should remember that the Ontario Court of Appeal was the court of first instance on the issue of representativeness. In these circumstances, the factual findings of the majority of the Court of

B. *Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?*

(1) La liste des jurés était-elle représentative?

[259] La première question qui se pose, à mon avis, est de savoir si la liste des jurés préparée en l'espèce répondait à la norme de représentativité exigée par la *Charte*. Point n'est besoin de se prononcer sur les caractéristiques d'une liste des jurés suffisamment représentative. En l'espèce, quiconque évaluerait la situation conviendrait que la liste ne l'était pas, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Les faits particuliers et exceptionnels de l'espèce permettent de tirer ce constat pour les raisons suivantes : (i) les résidents de réserves sont en très grande majorité autochtones; (ii) les résidents de réserves constituent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire; (iii) les résidents des réserves constituent environ 4 p. 100 des noms figurant sur la liste des jurés. Par conséquent, la liste des jurés diffère nettement de celle qui aurait résulté d'un processus de sélection aléatoire en bonne et due forme, car les résidents autochtones de réserves y sont sous-représentés. S'il ne s'agit pas là du défaut de produire une liste des jurés représentative, j'ai du mal à imaginer ce qui pourrait l'être.

(2) La non-représentativité est-elle attribuable à une action de l'État?

[260] Il est plus difficile de déterminer si la non-représentativité est suffisamment liée à une action ou à une omission de l'État. Il faut démontrer non pas un lien de causalité strict, mais plutôt un lien suffisant comme je l'explique précédemment.

[261] Quatre problèmes ont peut-être contribué à la non-représentativité de la liste des jurés et je les examinerai à tour de rôle.

[262] Il ne faut pas oublier que la Cour d'appel de l'Ontario était le tribunal de première instance relativement à la question de la représentativité. Ainsi, les conclusions de fait des juges majoritaires

Appeal, like those of a court of first instance, are entitled to deference: *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34, at para. 2; *Yumnu*, at para. 17; *Davey*, at paras. 64-65. It follows that this Court “may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn . . . unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable”: *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at para. 9; see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 19 and 21-25; *Bedford*, at paras. 48-56.

(a) *The Lists of Aboriginal On-Reserve Residents*

[263] There were a number of concerns with the lists of on-reserve residents from which names were selected at random to receive jury notices and questionnaires. While Goudge J.A. was of the view that these problems, on their own, would not sufficiently undermine representativeness, he shared the view of LaForme J.A. in relation to the nature of the problems.

[264] The lists, of course, are not required to be perfect. But they are required to be substantially representative of the community in the district because these lists are the foundation that allows randomness to be a proxy for representativeness. The degree of representativeness is assessed in accordance with the goal of using random selection as a proxy for representativeness. The lists will be defective if they are significantly different than a random selection of potentially eligible jurors in the district.

[265] In the fall of 2007, there were no lists at all for four First Nations in the district and out-of-date lists for 32 First Nations. These out-of-date lists were the 2000 band lists provided by the federal government for the last time in that year. As LaForme J.A. concluded, these lists included only persons 18 years of age or over, and therefore became increasingly inaccurate with the passage of time. This, he noted, was a special problem for populations residing on reserves, which are generally disproportionately young. There were more current

de la Cour d’appel, tout comme celles d’un tribunal de première instance, commandent la déférence (*R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34, par. 2; *Yumnu*, par. 17; *Davey*, par. 64-65). Il s’ensuit que les juges de notre Cour « ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait [. . .] à moins qu’elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables » (*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, par. 9; voir également *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 19 et 21-25; *Bedford*, par. 48-56).

a) *Les registres des résidents autochtones de réserves*

[263] Les registres des résidents des réserves ayant servi à la sélection aléatoire des personnes à qui ont été envoyés les avis de sélection de juré et les formules de rapport posaient problème. Si le juge Goudge était d’avis que ces problèmes ne compromettraient pas à eux seuls la représentativité, il partageait l’opinion du juge LaForme quant à leur nature.

[264] Point n’est besoin que les registres soient parfaits. Ils doivent être toutefois essentiellement représentatifs de la population du district, car c’est sur leur fondement que la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Le degré de représentativité s’évalue en fonction de l’objectif selon lequel le recours à la sélection aléatoire devient l’instrument de la représentativité. Les registres seront viciés s’ils diffèrent nettement du résultat auquel on arriverait si on sélectionnait au hasard des personnes habiles à être jurés dans le district.

[265] À l’automne 2007 dans le district, aucun registre n’avait été établi à l’égard de quatre Premières Nations, et les registres de 32 autres étaient périmés. Ces derniers dataient de l’an 2000, la dernière année où le gouvernement fédéral avait fourni des registres des bandes. Ainsi que l’a conclu le juge LaForme, seules les personnes âgées de 18 ans et plus à l’époque y figuraient. Par conséquent, la fiabilité de ces registres diminuait chaque année depuis 2000. Cette situation, a-t-il souligné, posait un problème particulier, car en général la population

lists available for the remaining 10 First Nations, but they too were defective. The lists used for several of the reserves included off-reserve band members even though the s. 6(8) process is supposed to reach only potential jurors on reserves.

[266] Compiling these lists is quintessentially a state function. It is a core state function to know how many inhabitants it has and where they live. Moreover, under provincial legislation — the *Juries Act* — the sheriff has a duty to obtain lists of on-reserve residents as otherwise they would be completely excluded from the jury roll. I therefore think that the “reasonable efforts” approach is not relevant here. While the state does not have to prepare perfect lists, the lists must be broad-based and substantially representative of the district. The accused does not have to show that the defective lists, on their own, were the only or even a substantial cause of the lack of representativeness in this jury roll. Because it applied the “reasonable efforts” approach, the Court of Appeal did not address the issue of a sufficient connection between state action and the lack of representativeness. In my view, the accused here has shown a sufficient connection because the inadequacy of the lists inevitably contributed in some degree to the lack of representativeness of the jury.

[267] The Crown argues, in effect, that the defective lists had no impact on representativeness in this case. The problems with this assertion are that (i) it is based on a conception of representativeness that is restricted to improper exclusion, and (ii) it assumes the lists have to be the only cause in order to conclude that they are linked to the lack of representativeness. When applying the proper standard of sufficient connection, the Crown’s argument fails. The many inaccuracies in the outdated lists as well as the complete omission of four Aboriginal reserves had more than a theoretical or speculative connection with jury representativeness.

des réserves est disproportionnellement jeune. Des registres plus à jour existaient pour les 10 autres Premières Nations, mais ceux-ci comportaient également leur lot de problèmes. Les registres utilisés pour plusieurs réserves comportaient le nom de membres vivant hors réserve même si la procédure prévue au par. 6(8) est censée recruter uniquement des candidats jurés habitant une réserve.

[266] La préparation de ces registres ressortit essentiellement à l’État. Dénombrer ses habitants et connaître leur adresse constitue l’une de ses fonctions fondamentales. De plus, aux termes de la loi provinciale — la *Loi sur les jurys* —, le shérif est tenu d’obtenir les registres des résidents de réserves, à défaut de quoi ceux-ci seraient totalement exclus de la liste des jurés. J’estime, en conséquence, que l’approche fondée sur les « efforts raisonnables » ne s’applique pas en l’espèce. Certes, point n’est besoin pour l’État de préparer des registres parfaits, mais ceux-ci doivent résulter d’un vaste échantillonnage et être sensiblement représentatifs du district. Il n’incombe pas à l’inculpé de prouver que les registres lacunaires étaient la cause unique ou substantielle de la non-représentativité de la liste des jurés. Comme elle avait adopté l’approche fondée sur les « efforts raisonnables », la Cour d’appel n’a pas abordé la question du lien suffisant entre l’action de l’État et la non-représentativité. À mon avis, l’accusé en l’espèce a démontré l’existence d’un lien suffisant parce que les registres lacunaires ont inévitablement contribué dans une certaine mesure à la non-représentativité du jury.

[267] En fait, le ministère public soutient que les registres lacunaires n’ont eu aucune incidence sur la représentativité en l’espèce. Les défauts de cette affirmation sont les suivants : (i) elle est fondée sur une conception de la non-représentativité qui est limitée à l’exclusion irrégulière et (ii) elle implique, pour qu’il y ait non-représentativité, que les registres en soient l’unique cause. Si on applique la bonne norme, celle du lien suffisant, l’argument du ministère public échoue. Les nombreuses inexactitudes contenues dans les registres périmés ainsi que l’absence totale de quatre réserves autochtones avaient un lien plus que théorique ou conjectural avec la représentativité du jury.

(b) *The Delivery of the Jury Notices and Questionnaires*

[268] My colleague Moldaver J. concludes that the state has a duty to make reasonable efforts to deliver the jury notices, but concludes that such efforts — which he characterizes as an “aggressive approach” — were made (para. 121). My colleague’s conclusion, however, is contrary to the factual findings of the majority of the Court of Appeal which are entitled to deference.

[269] Goudge J.A. found that the delivery of the jury notices and questionnaires was a significant problem. LaForme J.A. also noted that the state’s failure to evaluate the number of notices and questionnaires returned “undelivered”, along with the response rate, “blinded [the state] to evidence of what was actually occurring” (para. 89). It seems to me that the delivery of notices and questionnaires to prospective jurors is also quintessentially a state responsibility. I cannot think of who else’s responsibility it would be. And once again, complete success is not required. What is required is sufficient delivery that ensures that the randomness of the sample is not undermined by defective delivery. That standard was not met here.

[270] In 2008, nearly 28 percent of the notices mailed to on-reserve residents in the District of Kenora were returned by the post office undelivered. This compares with an overall provincial rate of under 6 percent for the same year. Goudge J.A. found that the delivery rates were “markedly worse” for Aboriginal on-reserve residents and that notices to those persons were “significantly less likely to be delivered” (para. 258). He also found that the government’s response to this challenge was “inattention” and “inaction” and that over the years, including for the 2008 jury roll, “virtually nothing was done” to determine the causes of this problem or to formulate potential solutions (paras. 260-62). He concluded that none of the state’s efforts from 2001 to 2008 addressed the delivery problem. I see no reason to question Goudge J.A.’s finding that “[t]he delivery problem therefore presented a challenge that the state had to address” (para. 258 (emphasis added)). To the same effect, LaForme J.A.

b) *La distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport*

[268] Mon collègue, le juge Moldaver, est d’avis que l’État a l’obligation de faire des efforts raisonnables pour distribuer les avis de sélection de juré et conclut qu’il s’en est acquitté en l’occurrence en s’attaquant « à ces problèmes avec énergie » (par. 121). Or, l’avis de mon collègue est contraire aux conclusions de fait des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui commandent la déférence.

[269] Selon le juge Goudge, la distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport posait un problème important. Le juge LaForme a également souligné qu’en omettant de quantifier les avis retournés avec la mention « non distribuable » et de calculer le taux de réponse, [TRADUCTION] « [l’État] a fermé les yeux sur ce qui se passait réellement » (par. 89). Il me semble que la distribution des avis et formules de rapport aux candidats jurés ressortit également essentiellement à l’État. J’imagine difficilement à qui d’autre cette responsabilité pourrait incomber. Et, je le répète, la perfection n’est pas exigée; ce qu’il faut, c’est une distribution adéquate qui garantit que le caractère aléatoire de l’échantillon n’est pas compromis. Il n’a pas été satisfait à cette norme en l’espèce.

[270] En 2008, près de 28 p. 100 des avis envoyés aux résidents de réserves dans le district de Kenora ont été retournés à l’expéditeur par le bureau de poste parce qu’ils étaient non distribuables. En comparaison, le taux global pour la province s’établissait à moins de 6 p. 100 pour la même année. Le juge Goudge a conclu que le taux de distribution était [TRADUCTION] « bien pire » pour les résidents autochtones de réserves et que les avis destinés à ces personnes étaient « beaucoup moins susceptibles d’être distribués » (par. 258). Il a également conclu que l’État avait réagi à cette difficulté par un « manque de vigilance » et « l’inaction » et qu’au fil des ans, y compris lorsqu’est venu le temps de préparer la liste des jurés de 2008, « rien pour ainsi dire n’avait été fait » pour arrêter les causes de ce problème ou pour y trouver des solutions (par. 260-262). Il a conclu qu’aucune mesure prise par l’État entre 2001 et 2008 ne s’attaquait au problème de distribution. Je ne vois aucune raison de mettre en

concluded that despite the state being well aware of the low response rate (to which, of course, non-delivery contributes) “[its] causes were never investigated so that different modalities of engagement could be undertaken” (para. 208).

[271] I conclude that the state is responsible for defective delivery and that there is a sufficient connection between defective delivery and lack of representativeness.

(c) *The Return Rates of Aboriginal On-Reserve Residents*

[272] The third problem related to rates of return of the jury questionnaires. This problem seems to me to raise a distinct sort of issue in relation to whether it is sufficiently linked to state action.

[273] The return of the jury questionnaires requires the individuals to complete and mail back the forms that they have received. While the state has some capacity to address this matter, the low rate of returns cannot be attributed solely to the state. Individuals also have a responsibility to comply with their legal obligation to respond to the notices. It follows that in assessing the connection between state action and the lack of representativeness in relation to the return rate, we must take into account “the practical limits of the system of justice”: *Find*, at para. 28, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193. As I have explained above, in this context, the reasonable efforts approach of the Court of Appeal is useful, not in defining the constitutional standard, but as a factor in assessing whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action or inaction. If the state has taken all reasonable steps in relation to matters which it has the capacity to address, judged in light of all of the circumstances, it cannot be held responsible for the unsuccessful result.

doute la conclusion du juge Goudge selon laquelle « [l]e problème de distribution en était un auquel l’État devait s’attaquer » (par. 258 (je souligne)). Le juge LaForme est arrivé à une conclusion semblable, soit que même si l’État était bien conscient du faible taux de réponse (qui tient compte évidemment des avis non distribués), « [ses] causes n’ont jamais été analysées pour que d’autres modes de mobilisation puissent être adoptés » (par. 208).

[271] Je conclus que l’État est responsable de la distribution inadéquate et qu’il existe un lien suffisant entre cette distribution inadéquate et la non-représentativité.

c) *Le taux de réponse des résidents autochtones de réserves*

[272] Le troisième problème concerne le taux de renvoi des formules de rapport. Il soulève à mon avis une tout autre question dans l’analyse de l’existence d’un lien suffisant avec une action de l’État.

[273] Les destinataires des avis doivent remplir les formules et les retourner par la poste. Bien que l’État ait un rôle à jouer à cette étape, le faible taux de réponse ne peut lui être reproché exclusivement. Les particuliers doivent pour leur part s’acquitter de leur obligation légale, qui consiste à répondre à l’avis. Il s’ensuit que, pour évaluer le lien entre l’action de l’État et la non-représentativité, quant au taux de réponse, il faut tenir compte « des limites pratiques du système de justice » (*Find*, par. 28, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). Comme je l’explique précédemment, dans le présent contexte, l’approche de la Cour d’appel fondée sur les efforts raisonnables est utile, non pas pour définir la norme constitutionnelle, mais parce qu’elle permet d’établir l’existence ou l’inexistence d’un lien suffisant entre la restriction du droit et l’action ou l’omission de l’État. Si l’État a pris toutes les mesures jugées raisonnables à la lumière de l’ensemble des circonstances pour régler les problèmes à l’égard desquels il est en mesure d’agir, il ne saurait être tenu responsable de l’échec de ces mesures.

[274] This does not mean that the state can simply wash its hands of the problem. As Goudge J.A. put it, the state's obligation extends beyond compiling lists and sending out notices; it also includes encouraging responses to them. The Ministry's own policy underlines the importance of monitoring return rates, stating that evaluating this aspect "is of extreme importance to the management of our jury system": LaForme J.A., at para. 88, citing PDB #563, 1996 Ministry of the Attorney General policy directive.

[275] It follows that I respectfully disagree with the contention of the Crown and the views of my colleague Moldaver J. that there is little responsibility on the state in relation to returns. The Crown argues that the province's efforts to address the low return rates were reasonable but failed to solve the problem because "the factors contributing to the low response rates are varied, complex, and reach beyond the immediate control of the state": A.F., at para. 78. My colleague Moldaver J. agrees and would hold that the state "was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process" (para. 95). Therefore, as long as the state has provided a "fair opportunity for a broad cross-section of society to participate" (para. 2), it has fulfilled its constitutional obligation.

[276] In my respectful opinion, these views do not give sufficient weight to the accused's *Charter* rights. We are concerned here with the right of an accused to a representative jury roll and with the state's obligation to provide one. Even with respect to matters not fully under the state's control, state responsibility is engaged when it fails to take reasonable steps to overcome the factors contributing to the lack of representativeness. The majority of the Court of Appeal found that those reasonable steps were not taken.

[274] Il ne s'ensuit pas pour autant que l'État peut simplement s'en laver les mains. Comme l'a dit le juge Goudge, l'obligation de l'État ne s'arrête pas à la préparation des registres et à la distribution des avis; il lui incombe également d'encourager les destinataires à y répondre. La politique même du Ministère souligne à quel point il importe de suivre de près le taux de réponse : l'évaluation de cet aspect précise-t-elle [TRADUCTION] « est extrêmement importante pour la gestion de notre système du jury » (le juge LaForme, par. 88, citant la note de service PDB n° 563, Directive d'orientation du ministère du Procureur général, 1996).

[275] Par conséquent, je ne puis malheureusement souscrire à la prétention du ministère public et à l'opinion de mon collègue, le juge Moldaver, que la responsabilité de l'État à l'égard du taux de réponse est minime. Selon le ministère public, les efforts que la province a déployés à cet égard étaient raisonnables, mais ils n'ont pu régler le problème parce que [TRADUCTION] « les causes du faible taux de réponse sont multiples, complexes et dépassent la sphère de contrôle immédiate de l'État » (m.a., par. 78). Mon collègue, le juge Moldaver, partage ce point de vue et est d'avis que l'État « n'était pas [...] obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés » (par. 95). Par conséquent, pourvu que l'État ait donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer » (par. 2), il a respecté son obligation constitutionnelle.

[276] À mon humble avis, ces points de vue n'accordent pas suffisamment d'importance aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Il est question en l'espèce du droit de l'accusé à une liste des jurés représentative et de l'obligation de l'État de lui en fournir une. L'État engage sa responsabilité, même à l'égard des aspects qui dépassent sa sphère de contrôle, lorsqu'il ne prend pas des mesures raisonnables visant à contrer les facteurs qui contribuent à la non-représentativité. Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, de telles mesures n'avaient pas été prises.

[277] The facts in relation to the return rate problem are canvassed comprehensively in the reasons of LaForme J.A. and I need not repeat all of the detail that he provides. Those facts abundantly support the conclusion that, as Goudge J.A. put it, “[b]y 2008, therefore, the comparatively low rate of return from Aboriginal on-reserve residents had been well known by the state for a number of years as a significant contributing cause of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll for the Kenora District” (para. 249). Goudge J.A. also found that “[o]ff-reserve [return] rates were typically four or five times higher than for on-reserve residents. . . . [T]he state knew of this discrepancy for a number of years. Its impact on the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll is obvious” (para. 263). I cannot improve on the way Goudge J.A. summed up his assessment of the state’s efforts:

. . . the state left the serious challenge of low response rates with a junior employee. Through her, the state response, repeated year after year up to and including the 2008 jury roll, can only be described as a failure. No attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses.

I do not think that a failed response, coupled with a failure to explore other steps the state might have taken to help, can be said to constitute the reasonable efforts required of the state to address this problem The challenge of low response rates was serious. It required more from the state. [paras. 275-76]

[278] I conclude that the low response rate was attributable in part to the state’s lack of reasonable efforts to address it and that the response rate is sufficiently connected to the lack of representativeness.

[277] Le juge LaForme présente en long et en large les faits qui concernent le problème du taux de réponse et il n’y a pas lieu d’en reprendre tous les détails. Ces faits étayaient amplement la conclusion selon laquelle, pour reprendre les termes employés par le juge Goudge, [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, en 2008, l’État savait bien, depuis quelques années, que le faible taux de réponse des résidents autochtones de réserves contribuait de manière importante à leur sous-représentation dans la liste des jurés annuelle dans le district de Kenora » (par. 249). Le juge Goudge a également conclu que « [l]e taux [de réponse] hors réserve était généralement quatre ou cinq fois plus élevé que le taux pour les résidents des réserves. [. . .] [L]’État était au courant de cet écart depuis quelques années. L’incidence de cette réalité sur la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste annuelle des jurés est évidente » (par. 263). Le juge Goudge a si bien résumé ce qu’il pensait des efforts de l’État que je ne saurais faire mieux :

[TRADUCTION] . . . l’État a délégué le grave problème du faible taux de réponse à une employée subalterne. Le procédé appliqué par cette dernière, au nom de l’État, d’année en année jusqu’en 2008 pour l’établissement de la liste des jurés n’est rien de moins qu’un échec. Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles que l’État pourrait mettre en place.

J’estime qu’une stratégie inefficace conjuguée à l’absence d’autres mesures que l’État aurait pu prendre pour améliorer la situation ne sauraient équivaloir aux efforts raisonnables que l’État doit déployer pour remédier à ce problème [. . .] Le faible taux de réponse constituait un grave problème qui exigeait davantage de la part de l’État. [par. 275-276]

[278] Je conclus que le faible taux de réponse était en partie attribuable à l’absence d’efforts raisonnables par l’État pour y remédier et qu’il existe un lien suffisant entre le taux de réponse et la non-représentativité.

(d) *The Estrangement of Aboriginal Peoples From the Canadian Criminal Justice System*

[279] Finally we come to broader, systemic factors that undoubtedly contribute to the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls. There is no doubt that underlying all of the facts and numbers about lists, deliveries and return rates, much broader factors are in play. These include the dissonance between traditional Aboriginal approaches to conflict resolution and the approaches of the criminal justice system, the historic discrimination in that system experienced by Aboriginal peoples and their lack of understanding of the system: C.A. reasons, at para. 272, per Goudge J.A.; Iacobucci Report, at paras. 209-30.

[280] As the Iacobucci Report states, “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history” (para. 209). Despite the fact that this is perhaps the most important factor responsible for the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls, until very recently there have been no concerted efforts to engage with Aboriginal leaders in order to determine the cause of the problem and what the state could do.

[281] The Crown would have us ignore these considerations because the *Charter* right to a representative jury roll is not an appropriate tool to address them. My colleague Moldaver J. agrees. Again, my colleague believes that the state is not required to address systemic problems contributing to the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system in order to achieve its representativeness obligation. These views, as I see it, overlook the state’s responsibility for these factors and thus its responsibility to make reasonable efforts to address them. Having played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them in the context of complying

d) *La marginalisation des peuples autochtones dans le système de justice pénale au Canada*

[279] Nous examinons enfin les grands facteurs systémiques qui contribuent sans l’ombre d’un doute à la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés. Il est indubitable que derrière tous ces faits et tous ces chiffres concernant les registres, la distribution et les taux de réponse jouent des facteurs fondamentaux, dont l’opposition entre les principes traditionnels autochtones de règlement des conflits et ceux du système de justice pénale, la discrimination de longue date envers les peuples autochtones dans ce système et une connaissance insuffisante du système (motifs de la C.A., par. 272, le juge Goudge; rapport Iacobucci, par. 209-230).

[280] Ainsi que l’indique le juge Iacobucci dans son rapport : « [L]e principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire » (par. 209). Même s’il s’agit peut-être du plus important facteur de sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés, jusqu’à tout récemment l’État n’avait pas déployé d’efforts concertés pour déterminer avec les chefs autochtones la cause du problème et le rôle que l’État pourrait jouer dans sa résolution.

[281] Le ministère public nous invite à faire fi de ces considérations parce qu’invoquer le droit à une liste des jurés représentative garanti par la *Charte* n’est pas le bon moyen de remédier à la situation. Mon collègue, le juge Moldaver, est de cet avis. Il estime que l’État n’est pas tenu de s’attaquer aux problèmes systémiques qui contribuent à la marginalisation des peuples autochtones au sein du système de justice pénale pour respecter son obligation relative à la représentativité. À mon sens, ces points de vue font abstraction de la responsabilité de l’État à l’égard de ces facteurs et, du coup, de sa responsabilité de déployer des efforts raisonnables pour régler la situation. Vu son rôle important dans la

with an accused's constitutional right to a representative jury roll.

[282] We must first be clear what the phrase “systemic problems” in this context refers to. It is a euphemism for, among other things, racial discrimination and Aboriginal alienation from the justice system. In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *Williams*, this Court recognized the problem of systemic bias and discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system.

[283] This Court in *Gladue* accepted the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples and of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba to the effect that the criminal justice system in Canada has failed to take account of the “substantially different cultural values and experiences of aboriginal people” (paras. 62-63). In *Williams*, this Court accepted that there is widespread bias against Aboriginal people and noted that there is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system (para. 58). Moreover, as LaForme J.A. observed, *Gladue* and *Williams* recognized that the overrepresentation of Aboriginal people as accused was “only the tip of the iceberg in terms of the ways in which the criminal justice system was failing Aboriginal peoples. The under-representation of Aboriginal people on the jury roll illustrates another part of the same iceberg, sharing the same root causes: a relationship marked by tensions originating in the colonial era” (para. 144).

[284] To ignore racial discrimination against Aboriginal people in the context of assembling a jury roll would be in marked contrast to the approach that this Court has taken to racial discrimination against Aboriginal people in relation to sentencing Aboriginal offenders. In *Gladue*, for example, the

création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier lorsqu'il est appelé à respecter le droit constitutionnel d'un accusé à une liste des jurés représentative.

[282] D'abord et avant tout, que veut dire l'expression « problèmes systémiques » dans le présent contexte? C'est un euphémisme qui désigne notamment la discrimination raciale et la marginalisation des Autochtones dans le système de justice. Dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *Williams*, la Cour a reconnu l'existence d'un problème de préjugés et de discrimination systémiques contre les Autochtones ayant des démêlés avec la justice.

[283] La Cour dans l'arrêt *Gladue* fait siennes les conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones et de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba selon lesquelles le système de justice pénale au Canada ne tient pas compte des « valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones » (par. 62-63). Dans l'arrêt *Williams*, la Cour reconnaît l'existence de préjugés largement répandus contre les Autochtones et, selon elle, la preuve révèle que ce racisme s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale (par. 58). En outre, comme le juge LaForme l'a fait observer, la Cour dans ces deux arrêts reconnaît que la surreprésentation des Autochtones sur le banc des accusés [TRADUCTION] « n'est que la partie émergée de l'iceberg que représente l'ensemble des ratés du système de justice pénale à l'égard des peuples autochtones. La sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés équivaut à une autre partie de cet iceberg, qui découle des mêmes causes fondamentales : une relation mise à mal par des tensions qui remontent à l'ère coloniale » (par. 144).

[284] Faire fi de la discrimination raciale des Autochtones lorsqu'il s'agit de préparer les listes des jurés trancherait nettement avec l'approche de la Cour à l'égard de la discrimination raciale contre ces peuples lorsqu'il s'agit de déterminer la peine des délinquants autochtones. Par exemple, dans l'arrêt

overrepresentation of Aboriginal people in correctional institutions was recognized to be a “sad and pressing social problem” which sentencing innovation, on its own, could not address: para. 64; see also paras. 58 and 65. The Court nonetheless stressed the importance of following Parliament’s direction to take the circumstances of Aboriginal offenders into account. In *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the Court directly addressed the contention that sentencing is not an appropriate means of addressing overrepresentation (para. 64). The Court flatly rejected this stance, citing the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba:

Despite the magnitude of the problems, there is much the justice system can do to assist in reducing the degree to which Aboriginal people come into conflict with the law. It can reduce the ways in which it discriminates against Aboriginal people and the ways in which it adds to Aboriginal alienation. [para. 69]

(Citing *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 111.)

The Court concluded that “[t]he sentencing process is . . . an appropriate forum for addressing Aboriginal overrepresentation in Canada’s prisons” (para. 70).

[285] In the same way, in my respectful view, the assembly of representative jury rolls — a constitutional duty — is an appropriate forum to address racial discrimination against Aboriginal people and Aboriginal alienation from the justice system. While there are, as in the case of Aboriginal overrepresentation in correctional institutions, many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* provides a basis for action, not an excuse for turning a blind eye.

Gladue, la Cour reconnaît que la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels constitue un « problème social attristant et urgent » que des pratiques innovatrices en matière de détermination de la peine ne peuvent régler à elles seules (par. 64; voir également par. 58 et 65). La Cour souligne néanmoins qu’il importe de tenir compte de la situation des délinquants autochtones, comme le veut le législateur. Dans l’arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, la Cour répond directement à l’argument voulant que la détermination de la peine ne soit pas un moyen valable de lutte contre la surreprésentation (par. 64). La Cour rejette catégoriquement cette position, citant l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba :

[TRADUCTION] Malgré l’ampleur des problèmes, le système de justice peut contribuer de beaucoup à la réduction de la délinquance chez les Autochtones. Il peut réduire les formes de discrimination qu’il opère à l’encontre des Autochtones et les façons dont il accroît leur aliénation. [par. 69]

(Citant le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 111.)

La Cour conclut que « [l]e processus de détermination de la peine offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes » (par. 70).

[285] De même, à mon humble avis, la préparation d’une liste des jurés représentative — une obligation constitutionnelle — offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la discrimination raciale contre les Autochtones et de la marginalisation de ces derniers dans le système de justice. Certes, comme dans le cas de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels, des causes profondes contribuent à leur sous-représentation dans les listes des jurés. Or la *Charte* sert de tremplin, pas de prétexte pour faire la sourde oreille.

[286] In my view, the state has contributed to these broadly systemic problems and, failing reasonable efforts to overcome them in the context of jury under-representation, the state action or inaction is sufficiently linked to the under-representativeness of the jury roll in respect of Aboriginal people. There is no doubt that this is the case here. LaForme J.A. concluded that “[t]here is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system and the administration of justice . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210). Similarly, Goudge J.A. concluded that “the fundamental estrangement of Aboriginal people from the justice system is a relevant consideration. . . . The need to address this estrangement simply enhances the importance of the state’s efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with the opportunity to be included in the annual jury roll” (para. 241). He noted, as well, that “[n]o attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses” (para. 275).

(e) *Conclusion on the State’s Responsibility*

[287] To conclude on this point: of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two (the lists and delivery) were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two (the poor return rate and Aboriginal disengagement) were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. The majority in the Court of Appeal also found that, prior to 2008, additional steps could and should have been taken to address the under-representation issue if proper attention had been paid to the problem and appropriate steps taken to investigate in a timely way. I see no basis upon which we could interfere with these findings on appeal.

[288] For these reasons, I cannot accept the view of my colleague Moldaver J. that the majority of the

[286] J’estime que l’État a contribué à ces problèmes largement systémiques et, en ne déployant pas des efforts raisonnables pour les régler dans le contexte de la sous-représentation au sein des jurys, son action ou omission présente un lien suffisant à la sous-représentativité de la liste des jurés en ce qui a trait aux Autochtones. Il ne fait aucun doute que c’est le cas en l’espèce. Le juge LaForme a conclu que [TRADUCTION] « [r]ien ne prouve que l’État a tenu compte de l’importante marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale et l’administration de la justice [. . .] dans sa réponse au problème de la représentation au sein des jurys » (par. 210). De même, le juge Goudge a indiqué que [TRADUCTION] « la marginalisation fondamentale des Autochtones dans le système de justice est un facteur pertinent. [. . .] La nécessité de lutter contre cette marginalisation fait simplement ressortir l’importance des efforts que l’État doit fournir afin de donner aux résidents autochtones de réserves la possibilité de figurer sur la liste annuelle des jurés » (par. 241). Il a également fait la remarque suivante : « Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles à mettre en place » (par. 275).

e) *Conclusion sur la responsabilité de l’État*

[287] Pour conclure, parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux (les registres et la distribution) incombaient à l’État, et il était en son pouvoir de s’en acquitter. Les deux autres (le faible taux de réponse et la marginalisation des Autochtones) étaient des problèmes auxquels l’État pouvait remédier en partie, mais il n’a pas déployé d’efforts raisonnables pour ce faire. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont aussi conclu qu’avant 2008, l’État aurait pu et aurait dû prendre d’autres mesures pour s’attaquer au problème de la sous-représentation s’il y avait prêté l’attention voulue en temps opportun. Rien ne justifie de modifier ces conclusions en appel.

[288] Pour ces motifs, je ne puis souscrire au point de vue de mon collègue le juge Moldaver

Court of Appeal engaged in “hindsight” reasoning. The reasons of both LaForme and Goudge J.J.A. meticulously record their assessment of the evidence about what the state knew or ought to have known at the relevant times. It is not open to us to choose to read the record differently than they did.

[289] I am not suggesting that the state will fail in its representativeness obligation until the day that Aboriginal estrangement from the criminal justice system has completely disappeared. But the intractable dimensions and complexity of the problem do not provide an excuse for the state’s failure to make appropriate efforts in the context of complying with the constitutional obligation to provide for a representative jury roll.

[290] I conclude that there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused’s right to a representative jury roll as guaranteed under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

C. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[291] Section 24(1) of the *Charter* grants courts a wide discretion to craft remedies that are “appropriate and just . . . in the circumstances”: see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 55-57; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 30-33. In approaching the exercise of the remedial discretion exercised by the majority of the Court of Appeal, we may only intervene if it misdirected itself on the law or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 48; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

selon lequel les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont livrés à un examen « rétrospectif ». Les motifs des juges LaForme et Goudge relatent méticuleusement leur appréciation de la preuve quant à ce que l’État savait ou aurait dû savoir à l’époque. Il ne nous est pas loisible d’y substituer notre propre interprétation.

[289] Je ne dis pas que l’État ne pourra pas s’acquitter de son obligation quant à la représentativité tant que la marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale ne sera pas complètement éliminée. Cependant, l’ampleur et la complexité inouïes du problème ne sauraient servir de prétexte à l’État pour refuser de déployer des efforts adéquats lorsqu’il s’agit de respecter l’obligation constitutionnelle de fournir une liste des jurés représentative.

[290] J’estime qu’il existe un lien suffisant entre l’action et l’omission de l’État d’une part et la non-représentativité de la liste des jurés d’autre part pour conclure que l’État a porté atteinte au droit de l’accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

C. *Quelle réparation convient-il d’accorder?*

[291] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* accorde au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation qu’il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » (voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55-57; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30-33). Dans l’examen du pouvoir discrétionnaire en matière de réparation exercé par les juges majoritaires de la Cour d’appel, il nous est permis d’intervenir uniquement s’ils se sont fondés sur des considérations erronées en droit ou si leur décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 48; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48).

[292] Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. If the breach is raised at the time of jury selection, an order directing that a new roll be prepared may be the appropriate remedy. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all of the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice.

[293] In this case, for three reasons, I conclude that the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion to order a new trial. In all of the circumstances here, the failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice. In my view, courts have traditionally been slow to excuse serious problems in jury selection as mere technicalities and we should not do so here; the failure of the state here resulted in a drastic under-representation on the basis of race; and, finally, the accused person shares the race of those excluded from appropriate representation on the jury roll.

(1) A Properly Constituted Jury Is Not a Technicality

[294] A properly constituted jury is the foundation of a fair trial and of a trial that will enhance the respect in the community for the administration of justice. For this reason, the courts have repeatedly been very reluctant to dismiss errors in the jury selection process as mere "technicalities". For example, in the old case of *Morin v. The Queen* (1890),

[292] Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si l'atteinte est invoquée au moment de la sélection du jury, la réparation convenable pourrait prendre la forme d'une ordonnance prescrivant la préparation d'une nouvelle liste. En revanche, si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire pourrait constituer la réparation convenable pourvu que l'accusé n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances.

[293] En l'espèce, trois raisons m'amènent à conclure que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Eu égard à toutes les circonstances de la présente affaire, l'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public envers l'administration de la justice. À mon avis, les tribunaux ont traditionnellement hésité à excuser les problèmes graves entachant la sélection d'un jury en les assimilant à de simples questions de forme, ce que nous devons nous garder de faire en l'espèce; l'omission de l'État dans la présente affaire a entraîné une sous-représentation critique fondée sur la race; enfin, l'accusé appartient à la race même du groupe sous-représenté sur la liste des jurés.

(1) Un jury régulièrement formé n'est pas une simple question de forme

[294] Un jury régulièrement formé constitue le fondement d'un procès équitable et d'un procès qui valorisera l'administration de la justice dans la collectivité. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont souvent eu des scrupules à excuser les erreurs dans le processus de sélection des jurés comme une simple « question de forme ». Par exemple,

18 S.C.R. 407, Ritchie C.J. (dissenting in the result but in the majority with respect to jury selection) said this:

. . . the objection taken [to the process of jury selection] is not raised on a mere technicality but is that the jury to whom the prisoner shall be given in charge shall be legally selected, chosen and sworn . . .

Believing then as I do, that the prisoner has not had a legal trial I cannot by my voice send him to the gallows. [pp. 425-26]

[295] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated: “. . . in the administration of criminal justice nothing is more important than that the constitution of the jury should be free from all objection and that the accused should have the full advantage of every safeguard which the law has provided to enable him to secure this right, which is of the very essence of a fair trial” (p. 692 (emphasis added)).

[296] In *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, in a very succinct judgment, the Saskatchewan Court of Appeal expressed a similar sentiment, holding that “[a] process that systematically excludes, either by design or unwittingly, an identifiable group from serving on a jury may be a sufficient ground for vacating a conviction made by a jury selected by that process” (p. 122). This view was subsequently reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Butler*, in the context of allegations that the sheriff deliberately excluded Aboriginal people from the jury roll. The court held that such conduct could be illegal and result in an improperly constituted jury which would then have no jurisdiction. Since the trial judge had failed to investigate the jury selection issue, a new trial was ordered (pp. 259-60).

[297] In *Barrow*, Dickson C.J. once again emphasized the fundamental importance of jury selection. He explained that “selection of an impartial jury is crucial to a fair trial”; that the accused, the Crown and the public all have the right “to be sure

dans l’ancien arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie (dissentant quant au résultat, mais l’un des juges majoritaires sur la question de la sélection des jurés) tient les propos suivants :

[TRADUCTION] . . . l’objection [au processus de sélection des jurés] ne concerne pas une simple question de forme, mais le principe selon lequel le jury à qui le prisonnier sera confié doit être sélectionné, choisi et assermenté conformément à la loi . . .

Puisque j’estime que le prisonnier n’a pas bénéficié d’un procès légal, je ne puis le faire envoyer à la potence. [p. 425-426]

[295] Dans l’arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour déclare : [TRADUCTION] « . . . dans l’administration de la justice pénale, rien n’est plus important que de constituer un jury à l’égard duquel aucune objection ne peut être soulevée et d’assurer à l’accusé qu’il bénéficie pleinement de toutes les protections que la loi met à sa disposition pour lui garantir ce droit, lequel constitue l’essence même d’un procès équitable » (p. 692 (je souligne)).

[296] Dans l’arrêt très succinct *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, la Cour d’appel de la Saskatchewan a exprimé un sentiment semblable : [TRADUCTION] « Le processus qui, délibérément ou non, exclut systématiquement un groupe identifiable des fonctions de jurés peut justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité prononcée par le jury sélectionné à l’issue de ce processus » (p. 122). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a réitéré ce point de vue dans l’affaire *Butler*, où il avait été allégué que le shérif avait délibérément exclu des Autochtones de la liste des jurés. La cour a conclu que de tels actes pouvaient être illégaux et engendrer un jury irrégulièrement constitué qui serait alors dépourvu de compétence. Comme le juge du procès n’avait pas examiné la sélection des jurés, la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée (p. 259-260).

[297] Dans l’arrêt *Barrow*, le juge en chef Dickson a à son tour souligné l’importance fondamentale de la sélection des jurés. Pour reprendre ses propos, « [l]a formation d’un jury impartial est cruciale pour qu’il y ait procès équitable »; l’accusé, le ministère

that the jury is impartial and the trial fair” and that on this “depends public confidence in the administration of justice” (p. 710). He also emphasized another key point: the importance — the “crucial” importance — of the appearance of justice, namely “the public perception of the fairness of the proceedings” (p. 715).

[298] Thus, it is not a full answer to an objection to how the jury was selected to say that the accused has not shown that the trial was in fact unfair. To treat this as a full answer ignores the important consideration of the appearance of fairness. Any significant failure of the jury selection process has the potential to “reflec[t] on the fairness of the entire trial”: *Barrow*, at p. 719.

[299] Most recently, the Court in *Yumnu* confirmed that conduct within and surrounding the jury selection process may constitute a miscarriage of justice even if the accused has otherwise had a fair trial. Conduct which constitutes “a serious interference with the administration of justice” and offends “the community’s sense of fair play and decency” constitutes a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered (para. 79). If the breach “is so serious that it destroys the appearance of justice and fairness of the trial”, it is unnecessary to enquire into whether the accused suffered an actual prejudice: *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 39; see also *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), at pp. 638-39.

[300] The Crown submits that the failure of counsel to raise the issue before trial should be relevant to the appropriateness of the remedy: defence counsel was aware of the low representation of Aboriginal on-reserve residents and testified that he was familiar with the decision of Stach J. in *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), which dealt with the issue of representativeness of Aboriginal on-reserve residents. The Crown says that there is an inconsistency between this testimony and the respondent’s submission that counsel was not made aware of the issue until after conviction.

public et le public ont tous le droit « d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » et « la confiance du public dans l’administration de la justice en dépend » (p. 710). Il a également insisté sur un autre point essentiel : l’importance « cruciale » que justice paraisse être rendue, soit « l’impression chez le public que la procédure est équitable » (p. 715).

[298] En conséquence, il ne suffit pas d’opposer à l’objection relative à la sélection des jurés que l’accusé n’a pas établi le caractère inéquitable de son procès, car ce serait négliger le facteur important qu’est l’apparence d’équité. Toute lacune importante dans le processus de sélection des jurés éventuellement « se répercute sur l’équité du procès tout entier » (*Barrow*, p. 719).

[299] Plus récemment, dans l’arrêt *Yumnu*, la Cour confirme que toute conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, peut donner lieu à une erreur judiciaire même si l’accusé a à tous autres égards bénéficié d’un procès équitable. La conduite qui constitue « une entrave sérieuse à l’administration de la justice » et heurte « le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » entraîne une erreur judiciaire et commande la tenue d’un nouveau procès (par. 79). Si l’atteinte [TRADUCTION] « est tellement grave qu’elle détruit l’apparence de justice et d’équité du procès », il n’est pas nécessaire de vérifier si l’accusé a réellement subi un préjudice (*R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 39; voir également *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), p. 638-639).

[300] Selon le ministère public, le fait que l’avocat de la défense n’a pas soulevé le problème avant le procès devrait entrer en ligne de compte dans le choix de la réparation convenable : l’avocat était au courant de la faible représentation des résidents autochtones de réserves et il a affirmé à l’audience connaître la décision du juge Stach dans l’affaire *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), qui traitait de la représentativité de cette population. Le ministère public affirme que cette déclaration contredit l’argument de l’intimé selon lequel l’avocat n’a appris l’existence du problème qu’après la déclaration de culpabilité.

[301] I reject this submission for two reasons. First, responsibility for complying with ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* belongs to the state, not to defence counsel. It was the state's duty to provide a representative jury roll, not the accused's obligation to catch its failure to do so. Second, in any case, the Court of Appeal concluded that defence counsel learned for the first time of the potential problems with the 2008 Kenora jury roll after conviction and the Crown did not oppose this issue being raised for the first time on appeal. As pointed out by LaForme J.A., it was not unreasonable for the respondent to assume that the state was complying with its constitutional obligations. It was only on September 12, 2008 — almost three months after the jury had rendered its verdict against Mr. Kokopenace — that counsel learned for the first time that there was evidence of irregularities in the jury roll process. On that date, he received a letter with an attachment consisting of an affidavit sworn by Rolanda Peacock, Acting Supervisor of Court Operations for the territorial district of Kenora, which summarized the state's efforts in respect of the 2007 Kenora jury roll. I see no error on the part of the Court of Appeal, in the unusual circumstances here, in refusing to deny an otherwise just and appropriate remedy on the basis that the issue was raised late.

(2) The Under-Representation Was on the Basis of Race

[302] A second important consideration, in my opinion, is that the under-representation in this case was on the basis of race. As former Justice Iacobucci put it in his report:

The public is more likely to perceive trials, and by extension the legal system as a whole, as being fair if prospective jurors are representative of the wider community from which they are drawn. Conversely, the wholesale exclusion of particular groups from the jury pool risks undermining public acceptance of the fairness of the

[301] Je rejette cet argument pour deux motifs. Premièrement, la responsabilité de se conformer aux al. 11d) et 11f) de la *Charte* incombe à l'État, et non à l'avocat de la défense. C'est à l'État d'assurer une liste des jurés représentative, et non à l'accusé de signaler que l'État n'a pas respecté son obligation. Deuxièmement, en tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que l'avocat de la défense avait eu vent de la possibilité qu'un problème affecte la liste des jurés de Kenora pour 2008 après le prononcé de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne s'était pas opposé à ce que cette question soit soulevée pour la première fois dans le cadre de l'appel. Ainsi que l'a souligné le juge LaForme, il n'était pas déraisonnable que l'intimé tienne pour acquis que l'État avait respecté ses obligations constitutionnelles. Ce n'est que le 12 septembre 2008 — presque trois mois après que le jury a rendu son verdict contre M. Kokopenace — que l'avocat a appris pour la première fois l'existence d'une preuve d'irrégularité dans le processus de sélection des jurés. Ce jour-là, il a reçu une lettre à laquelle était joint un affidavit souscrit par Rolanda Peacock, superviseure intérimaire de l'administration des tribunaux pour le district territorial de Kenora, lequel comportait le résumé des efforts déployés par l'État pour préparer la liste des jurés de Kenora pour 2007. J'estime que la Cour d'appel n'a commis, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, aucune erreur en refusant de priver l'accusé d'une réparation par ailleurs juste et convenable parce que le problème avait été soulevé tardivement.

(2) La sous-représentation était fondée sur la race

[302] À mon sens, le deuxième motif important porte sur le fait que la sous-représentation en l'espèce était fondée sur la race. Voici ce que l'ancien juge Iacobucci indique dans son rapport :

Il y a de meilleures chances que le public perçoive un procès, et, par extension, le système judiciaire tout entier, comme étant équitable, si les candidats-jurés sont représentatifs de l'ensemble de la collectivité dont ils sont issus. Par contre, l'exclusion en bloc de groupes particuliers du bassin d'où les jurés sont tirés risque

criminal justice system. A jury cannot act as the conscience of the community unless it is viewed favorably by the society that it serves. [para. 116]

[303] As the Privy Council stated in *Rojas v. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, at para. 14, “a non-discriminatory method of compilation of the jury lists is an essential ingredient of a fair trial by jury”. This view was also adopted by the New Zealand Court of Appeal: *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, at paras. 50-60. I recognize that discrimination may occur not only as the result of intended effects of conduct, but also through the unintended effects of conduct. That the effect (although certainly not the intention) of the state conduct led to a substantial under-representation based on a prohibited ground of discrimination in my opinion considerably exacerbates the seriousness of the breach and its impact on confidence in the administration of justice.

(3) The Accused Is an Aboriginal Man

[304] Finally, we should not, in my view, be blind to the fact that the accused in this case is a member of the race that was wrongly excluded from adequate representation on the jury roll. This Court has repeatedly referred to the systemic discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system. The unintentional yet substantial under-representation of members of that race from the jury roll inevitably, in my view, casts a long shadow over the appearance that justice has been done. It seems to me that the Court should not, on one hand, direct other courts to take these social realities into account while, on the other, choosing to ignore these same realities when they confront us in an awkward context. In my view, it could not be clearer that, as a result of state action and inaction, persons of the accused’s race were substantially under-represented on the jury roll.

de nuire à l’acceptation par le public que le système de justice pénale est équitable. Un jury ne peut faire office de conscience communautaire que si la société pour le compte de laquelle il délibère le tient en estime. [par. 116]

[303] Dans l’arrêt *Rojas c. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, le Conseil Privé a déclaré au par. 14 qu’une [TRADUCTION] « méthode non discriminatoire pour établir la liste des jurés constitue un élément essentiel d’un procès avec jury équitable ». La Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a également adopté ce point de vue (*R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, par. 50-60). Je reconnais que la discrimination peut être engendrée par les effets intentionnels d’une conduite, mais aussi par les effets involontaires d’une conduite. L’effet de la conduite de l’État (mais certainement pas son intention cependant) ayant donné lieu à une importante sous-représentation fondée sur un motif de discrimination illicite a considérablement exacerbé la gravité de la violation et son incidence sur la confiance du public dans l’administration de la justice.

(3) L’accusé est autochtone

[304] Enfin, j’estime que nous ne devons pas négliger le fait que l’accusé dans la présente affaire appartient à la race même qui était injustement sous-représentée sur la liste des jurés. Notre Cour a évoqué à maintes reprises la discrimination systémique à l’égard des Autochtones dans le système de justice pénale. La sous-représentation involontaire — mais importante — des personnes appartenant à cette race sur la liste des jurés jette inévitablement, à mon avis, une ombre sur l’apparence de justice. Il me semble que la Cour ne devrait pas, d’une part, enjoindre aux autres tribunaux de tenir compte de ces réalités sociales et, d’autre part, les minimiser lorsqu’elles se présentent dans un contexte inopportun. J’estime qu’il est absolument manifeste qu’en raison d’actions et d’omissions de l’État, les personnes appartenant à la race de l’accusé étaient considérablement sous-représentées sur la liste des jurés.

[305] The 2008 jury roll for Kenora consisted of 699 potential jurors of whom 29 were Aboriginal on-reserve residents. Thus, Aboriginal on-reserve residents formed 4.1 percent of the jury roll while representing about 30 percent of the adult population of the judicial district. This significant under-representation, not surprisingly, was transmitted to the jury panel summoned for Mr. Kokopenace's trial. It consisted of 175 jurors, 8 of whom — 4.6 percent — were on-reserve residents. In the event, four of the eight were excused and two did not respond to the summons.

(4) Conclusion Respecting Remedy

[306] I see no reviewable error in the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the failure to provide a representative jury roll in the circumstances of this case undermined public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice. As a result, I would affirm the Court of Appeal's decision to order a new trial.

IV. Disposition of the Appeal

[307] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and CROMWELL J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Falconers, Toronto.

[305] La liste des jurés de Kenora de 2008 était composée de 699 candidats jurés dont 29 étaient des résidents autochtones de réserves. Par conséquent, les résidents autochtones de réserves formaient 4,1 p. 100 de la liste des jurés, alors qu'ils représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire. Cette importante sous-représentation a naturellement été reportée dans le tableau des jurés assignés pour le procès de M. Kokopenace. Ce tableau comportait 175 jurés, dont huit — soit 4,6 p. 100 — étaient des résidents de réserves. Dans le cadre du processus de sélection, quatre des huit candidats jurés ont été exemptés et deux n'ont pas donné suite à l'assignation.

(4) Conclusion concernant la réparation

[306] J'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont commis aucune erreur donnant lieu à révision lorsqu'ils ont conclu que l'omission de fournir une liste des jurés représentative dans la présente affaire a miné la confiance du public envers l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Dispositif du pourvoi

[307] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et le juge CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski : Falconers, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF): University of Toronto, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Toronto.

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Law Office of Mary Eberts, Toronto.

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

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ) : Université de Toronto, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry : Law Office of Mary Eberts, Toronto.

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