

**Troy Gilbert Davey** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Information and Privacy Commissioner  
of Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights and Criminal Lawyers’  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. DAVEY**

**2012 SCC 75**

File No.: 34179.

2012: March 14, 15; 2012: December 21.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of first degree murder for killing police officer — Prior to trial, Crown seeking personal opinions of local police officers as to “suitability” of prospective jurors for use in exercise of peremptory challenges — Neither annotated jury panel lists setting out opinions of local police officers nor fact that inquiries had been made was disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such opinions — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).*

D killed a police officer by slashing his throat. The only issue at trial was whether D had the requisite intent

**Troy Gilbert Davey** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique, Commissaire à  
l’information et à la protection de la vie  
privée de l’Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights et Criminal Lawyers’  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DAVEY**

**2012 CSC 75**

N° du greffe : 34179.

2012 : 14, 15 mars; 2012 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

*Droit criminel — Jurés — Sélection — Appelant déclaré coupable du meurtre au premier degré d’un policier — Demande adressée par la Couronne à des policiers de l’endroit avant le procès et sollicitant leur opinion personnelle sur l’« aptitude » des candidats jurés en vue de l’utilisation de ses récusations péremptoires — Ni les tableaux des jurés annotés faisant état des opinions des policiers de l’endroit, ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n’ont été communiqués à la défense — Était-il acceptable de solliciter de telles opinions? — Les opinions obtenues auraient-elles dû être communiquées? — Existe-t-il une possibilité raisonnable qu’une telle conduite ait nui à l’équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d’iniquité entraînant une erreur judiciaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1a)(iii).*

D a tué un agent de police en lui tranchant la gorge. La seule question en litige au procès était celle de savoir

for murder, or whether he was guilty of manslaughter. D was convicted of first degree murder.

Approximately three weeks before trial, the jury panel lists were provided to both the Crown and the defence. The Crown sought the personal opinions of police officers from local police services regarding the suitability of prospective jurors, including any potential partiality for or against the Crown, for the purpose of exercising peremptory challenges. It was understood that police databases would not be used to check the lists, and that the comments were to be based on the officers' knowledge of potential jurors in the community. One or two officers at each police service would review the lists and make general comments, such as "good", "yes", "ok" or "no", or brief specific comments regarding relationships or roles in the community. The responses were compiled in a master list by an employee of the Crown office. Neither this list, nor the fact that inquiries had been made, was disclosed to the defence. Two of the jurors ultimately selected were noted as "good" and "ok" by the police services.

D appealed his conviction, alleging errors in the charge to the jury. While the appeal was pending, D requested and received the annotated jury panel lists. The Court of Appeal allowed the fresh evidence on the jury vetting issue, but ultimately dismissed the appeal, concluding that the police opinions were not "information" that was required to be disclosed; that the early release of the jury panel lists did not impact trial fairness; that the privacy rights of prospective jurors were not breached; and that the jury would not have been differently constituted if there had been disclosure of the police comments. Only the jury vetting issue has been appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Informal consultation with police officers must be approached with caution and the Crown should not engage in systematic consultations with police services regarding the suitability of jurors given the real risk that such inquiries could represent access to an informal database of the contacts a prospective juror

si D avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre ou s'il était coupable d'homicide involontaire coupable. Il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré.

Environ trois semaines avant le procès, les tableaux des jurés ont été remis à la fois à la Couronne et à la défense. En vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires, la Couronne a demandé à des policiers de services de police régionaux de lui faire part de leur opinion personnelle sur l'aptitude des candidats jurés, notamment sur l'existence d'une possible partialité en sa faveur ou à son encontre. Il était entendu que les bases de données de la police ne seraient pas utilisées pour vérifier les tableaux et que les commentaires devaient être basés sur ce que ces policiers eux-mêmes savaient au sujet des candidats jurés au sein de la communauté. Un ou deux agents de chacun des services de police examineraient les tableaux et y inscriraient une mention générale comme « bon », « oui », « ok », « non », ou de brefs commentaires précis sur les liens qu'avaient les candidats jurés dans la communauté ou les rôles qu'ils y jouaient. Les réponses ont été rassemblées sur une liste maîtresse par un employé du bureau des procureurs de la Couronne. Ni cette liste ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n'ont été communiqués à la défense. Deux des jurés qui ont finalement été choisis avaient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement par les services de police.

D a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, invoquant la présence d'erreurs dans les directives au jury. Avant l'audition de l'appel, l'appelant a demandé et reçu les tableaux des jurés annotés. La Cour d'appel a autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve sur la question de l'évaluation des jurés, mais elle a finalement rejeté l'appel, concluant que les opinions des policiers n'étaient pas des « renseignements » qui devaient être communiqués, que la communication anticipée des tableaux des jurés n'avait eu aucune incidence sur l'équité du procès, que le droit à la vie privée des candidats jurés n'avait pas été violé et que le jury n'aurait pas été constitué différemment s'il y avait eu communication des commentaires des policiers. Seule la question de l'évaluation des jurés fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La prudence s'impose en ce qui concerne les consultations officielles menées auprès d'agents de police, et la Couronne ne devrait pas consulter systématiquement les services de police au sujet de l'aptitude des jurés, étant donné le risque véritable que de telles demandes de renseignements aient pour effet de donner accès

has had with the police services and the criminal justice system. However, for the purpose of exercising its discretion in the peremptory challenge process, the Crown is permitted to ask the opinion of someone who is part of the prosecution team, or to consult with those assisting the prosecution, including individual police officers, regarding concerns relating to partiality, eligibility, or suitability of any prospective juror. Provided that any relevant information is disclosed, consultation that is limited to a few individual police officers does not, in itself, create an imbalance or an appearance of unfairness. Nor does it represent an unjustified invasion of juror privacy. It is consistent with the duty to uphold an impartial and competent jury. It is consistent with the right to exercise discretionary challenges. It is consistent with the rules of professional conduct. And it is consistent with consultation conducted by the defence.

If the Crown seeks the opinion of a police officer, any information received relevant to the selection process (touching on a potential juror's eligibility, suitability, or ability to remain impartial) must be disclosed. However, general impressions, personal or public knowledge in the community, rumours or hunches, need not be disclosed. To the extent that the underlying information is readily ascertainable by members of the community, it is not linked to the prosecution's role as an agent of the state, or to the Crown's disproportionate access to resources, and there is no onus on the Crown to bring forward information that is readily obtainable elsewhere. This is not to say that the Crown is required to disclose the opinions of police along with the information on which those opinions are based. So long as the underlying information is disclosed, the defence will have access to the material on which the opinion is based, and can draw its own inferences for the purpose of exercising its peremptory challenges. However, where a police officer has knowledge, whether derived from her role as an officer or as a member of the community, that is relevant to the jury selection process, she must disclose it.

The assessment of the impact of a failure to disclose required under the *Dixon* test should be modified when the undisclosed information bears upon the choice

à des sources d'information officielles concernant les contacts qu'a eus un candidat juré avec les services policiers et le système de justice pénale. Toutefois, afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de récusations péremptoires, la Couronne est autorisée à solliciter l'opinion d'une personne qui fait partie de l'équipe chargée des poursuites ou à consulter les personnes qui assistent la poursuite, y compris des agents de police individuellement, à propos de doutes quant à la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Pourvu que tout renseignement pertinent soit communiqué, une consultation limitée à un petit nombre de policiers ne crée pas en soi un déséquilibre ou une apparence d'iniquité. Elle ne constitue pas non plus une atteinte injustifiée à la vie privée des jurés. Cette façon de faire est compatible avec l'obligation de veiller à la constitution d'un jury impartial et compétent. Elle concourt à l'exercice du droit de procéder à des récusations péremptoires. Elle est conforme aux règles de déontologie professionnelle. Et elle est logique, compte tenu des consultations auxquelles se livre de son côté la défense.

Si la Couronne sollicite l'opinion d'un policier, elle doit communiquer tout renseignement pertinent dans le cadre du processus de sélection (relativement à l'habileté d'un candidat juré, à son aptitude ou à sa capacité à demeurer impartial) qu'elle reçoit de ce policier. Cependant, des impressions générales, des faits possédant un caractère notoire dans la communauté ou relevant d'une connaissance personnelle, des rumeurs ou des intuitions n'ont pas à être communiqués. Dans la mesure où l'information à la base de tels renseignements peut être aisément trouvée par des membres de la communauté, elle n'est pas liée au rôle que joue la poursuite en qualité d'agent de l'État ou à l'accès disproportionné de la Couronne à certaines ressources, et cette dernière n'est pas tenue de communiquer de l'information qu'il est facile d'obtenir autrement. Cela ne veut pas dire que la Couronne a l'obligation de communiquer les opinions exprimées par les policiers en plus de l'information sur laquelle ces opinions sont fondées. Tant que l'information à la base des opinions est communiquée, la défense a alors accès aux éléments sur lesquels repose l'opinion et elle pourra en tirer ses propres inférences en vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires. Toutefois, lorsqu'une policière possède des renseignements pertinents pour le processus de sélection du jury — qu'elle les ait obtenus dans son rôle de policière ou en tant que membre de la communauté concernée —, elle doit les communiquer.

L'appréciation de l'effet d'une omission de communiquer que requiert l'analyse élaborée dans *Dixon* devrait être modifiée lorsque les renseignements non

of the trier of fact, rather than the merits of the case. Where the integrity of the choice of the trier of fact is at stake, the court must ask: first, whether the information ought to have been disclosed; and second, had the information been disclosed, whether there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. If not, trial fairness has not been compromised and the defence has not been prejudiced. Where non-disclosure interferes with the accused's use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined and the presumption that the jury is impartial may be displaced. The Crown would then have the opportunity to show, on balance, that the jury was impartial.

In the present case, the Crown should not have canvassed the three local police services for their opinion on the suitability of prospective jurors. These opinions clearly reflected information obtained as police officers and as residents in the community. In light of the broad nature of the inquiry conducted by the court officers, the numerous notations for which no basis was disclosed, and the fact that information obtained in the course of police activity may have played a role in the formation of the bald opinions provided, the Crown ought to have erred on the side of caution and disclosed the annotated jury panel lists to the defence.

It was nonetheless open to the Court of Appeal to find that there was no reasonable possibility that defence counsel would have exercised its peremptory challenges differently and that the jury would have been the same had the comments been disclosed. Absent any reasonable possibility that the defence was prejudiced or the trial was unfair, this finding is entitled to deference. Furthermore, the Crown's request for the police opinions and the failure to disclose those opinions were not so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. There was no appearance of unfairness that would shake the public's confidence in the administration of justice.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Emms*, 2012 SCC 74, [2012] 3 S.C.R. 810;

communiqués influent sur la sélection du juge des faits, plutôt que sur le fond de la cause. Dans les cas où l'intégrité du choix du juge des faits est en jeu, le tribunal doit répondre à deux questions : Premièrement, les renseignements auraient-ils dû être communiqués? Deuxièmement, si les renseignements avaient été communiqués, existe-t-il une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment? Si la réponse est non, l'équité du procès n'a pas été compromise, et la défense n'a pas subi de préjudice. Lorsque la non-communication nuit à l'utilisation par l'accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise et la présomption d'impartialité du jury peut avoir été repoussée. La Couronne se verrait alors accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a été impartial.

En l'espèce, la Couronne n'aurait pas dû s'adresser aux trois services de police régionaux afin de recueillir l'opinion de leurs membres sur l'aptitude des candidats jurés. Ces opinions reflétaient clairement des renseignements obtenus à titre de policiers et à titre de résidents de la communauté. Compte tenu des consultations étendues menées par les policiers désignés, des nombreuses annotations dont le fondement n'était pas communiqué et du fait que des renseignements obtenus dans le cours d'activités policières ont pu influencer les opinions laconiques formulées, la Couronne aurait dû pécher par excès de prudence et communiquer à la défense les tableaux des jurés annotés.

Il était néanmoins loisible à la Cour d'appel de conclure qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que l'avocat de la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires, et que le jury aurait été identique même si les commentaires avaient été communiqués. En l'absence de possibilité raisonnable que la défense ait subi un préjudice ou que le procès ait été inéquitable, cette conclusion commande la déférence. En outre, la demande de la Couronne afin d'obtenir l'opinion des policiers et son omission de communiquer les opinions ainsi obtenues n'ont pas porté une atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que le procès devrait être annulé pour cause d'erreur judiciaire. Il n'y a eu aucune apparence d'iniquité qui ébranlerait la confiance de la population dans l'administration de la justice.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Emms*, 2012 CSC 74, [2012]

*R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi; *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 626 to 644, 638(1)(c), 686(1)(a)(iii).  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31.  
*Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 18(2), 20.  
*Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

#### Authors Cited

Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct*, updated December 13, 2011 (online: <http://www.flsc.ca>).  
 Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca>).  
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz J.J.A.), 2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161, 272 O.A.C. 108, 264 C.C.C. (3d) 465, 81 C.R. (6th) 254, [2010] O.J. No. 5194 (QL), 2010 CarswellOnt 9068, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

3 R.C.S. 810; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi; *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626 à 644, 638(1)c), 686(1)a)(iii).  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31.  
*Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.  
*Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 18(2), 20.

#### Doctrine et autres documents cités

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).  
 Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle*, mis à jour 13 décembre 2011 (en ligne : <http://www.flsc.ca>).  
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161, 272 O.A.C. 108, 264 C.C.C. (3d) 465, 81 C.R. (6th) 254, [2010] O.J. No. 5194 (QL), 2010 CarswellOnt 9068, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Christopher Hicks and Theodore Sarantis*, for the appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes and Susan Magotiaux*, for the respondent.

*Frank Addario*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan and Gerald J. Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*William S. Challis and Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Cheryl Milne and Lisa Austin*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis and Peter Thorning*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment to the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This is one of several cases before the Court dealing with the issue of jury vetting, which arose in the wake of the revelation that a number of Crown offices in Ontario had engaged in a practice of inquiring into the backgrounds of prospective jurors prior to the jury selection process.<sup>1</sup> In the other four cases before this Court, *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 (appellants Yumnu, Cardoso and Duong), and *R. v. Emms*, 2012 SCC 74, [2012] 3 S.C.R. 810, my colleague Moldaver J. addresses the issue of whether it is appropriate for the Crown to ask the police to access state databases in order to determine juror eligibility. He concludes that criminal record checks to determine eligibility under provincial legislation and under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are not

1 The parties brought to our attention that while these appeals were under reserve, the Ontario Court of Appeal released a further decision regarding jury vetting, *R. v. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1.

*Christopher Hicks et Theodore Sarantis*, pour l'appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes et Susan Magotiaux*, pour l'intimé.

*Frank Addario*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan et Gerald J. Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*William S. Challis et Stephen McCammon*, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Cheryl Milne et Lisa Austin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis et Peter Thorning*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi fait partie d'un groupe d'instances dont la Cour est saisie relativement à la question de l'évaluation des jurés. Ces affaires découlent de la révélation selon laquelle un certain nombre de bureaux des procureurs de la Couronne en Ontario s'étaient livrés à une pratique consistant à s'enquérir des antécédents des candidats jurés avant la tenue du processus de sélection du jury<sup>1</sup>. Dans les quatre autres pourvois, *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 (appelants Yumnu, Cardoso et Duong), et *R. c. Emms*, 2012 CSC 74, [2012] 3 R.C.S. 810, mon collègue le juge Moldaver traite de la question de savoir s'il est acceptable que la Couronne demande aux policiers de consulter des bases de données étatiques pour décider de l'habilité de candidats jurés à siéger au sein d'un jury. Il conclut

1 Les parties ont porté à notre attention le fait que, pendant que le présent pourvoi et les appels connexes étaient en délibéré, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une autre décision sur la question de l'évaluation des jurés, *R. c. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1.

improper, provided any information obtained relevant to the jury selection process is disclosed to the defence.

[2] In this case, the Crown's office did not seek information regarding prospective jurors from any state database, and the police did not conduct any investigation. Instead, the Crown office sought the personal opinions of police officers from three local police services with regard to prospective jurors.

[3] The issue in this case is whether it was appropriate for the Crown to seek the opinion of local police officers as to the "suitability" of prospective jurors, for the purpose of assisting the Crown in the exercise of its peremptory challenges and, if so, whether those opinions should have been disclosed. Ultimately, this case turns on whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

[4] This was a notorious case in the local community. There was no dispute that the appellant, Davey, killed a police officer by slashing his throat. The only issue at trial was whether the appellant had the requisite intent for murder, or whether he was guilty of manslaughter. On February 22, 2007, in Cobourg, Ontario, the appellant was convicted of first degree murder.

[5] The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario, alleging errors in the charge to the jury. While the appeal was pending, the appellant requested and received the annotated jury panel lists. The Court of Appeal allowed the fresh evidence on the jury vetting issue, but ultimately dismissed the appeal (2010 ONCA 818, 103

que les vérifications de casier judiciaire effectuées aux fins de détermination de l'habilité en vertu des lois provinciales et de l'al. 638(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'ont rien d'irrégulier, pourvu que tout renseignement ainsi obtenu et pertinent à l'égard du processus de sélection du jury soit communiqué à la défense.

[2] En l'espèce, le bureau du procureur de la Couronne n'a pas sollicité d'information figurant dans des bases de données étatiques au sujet de candidats jurés, et la police n'a mené aucune enquête. Il a plutôt demandé à des policiers de trois services de police régionaux de lui faire part de leur opinion personnelle relativement aux candidats jurés.

[3] Dans le présent pourvoi, la question en litige consiste à se demander s'il était acceptable que la Couronne demande à des policiers de l'endroit de l'aider à utiliser ses récusations péremptoires en lui donnant leur avis sur l'« aptitude » d'éventuels jurés, et, dans l'affirmative, si ces opinions auraient dû être communiquées à l'autre partie. En dernière analyse, le sort du présent pourvoi dépend de la réponse à la question de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que cette conduite ait porté atteinte à l'équité du procès ou créé une apparence d'iniquité telle qu'il en a résulté une erreur judiciaire.

[4] Cette affaire avait un caractère notoire dans la communauté concernée. Le fait que l'appellant Davey avait tué un agent de police en lui tranchant la gorge n'était pas contesté. La seule question en litige au procès était celle de savoir si l'appellant avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre ou s'il était coupable d'homicide involontaire coupable. Le 22 février 2007, à Cobourg en Ontario, l'appellant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré.

[5] L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant la présence d'erreurs dans les directives au jury. Avant l'audition de l'appel, l'appellant a demandé et reçu les tableaux des jurés annotés. La Cour d'appel a autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve sur la question de

O.R. (3d) 161). Only the jury vetting issue has been appealed to this Court.

[6] The appellant seeks a new trial on the basis that the collection and non-disclosure of opinions from the court officers (police officers designated to assist Crown counsel with court-related duties) occasioned a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*. Three of the jurors chosen in this case had notations from a police officer stating either “good”, “ok”, or “no”. The appellant argues that there is a reasonable possibility that the defence would have exercised their peremptory challenges differently if they had known of these notations, and the jury would have been differently constituted. The appellant says that the Crown did not fulfil its disclosure obligations, breached the privacy rights of potential jurors, and accessed state resources, thus creating an imbalance in the jury selection process and the appearance of a jury favourable to the Crown. Thus, the appellant submits that the trial was unfair and that the appearance of unfairness requires a new trial.

[7] The Court of Appeal concluded that the police opinions were not “information” that was required to be disclosed; that the early release of the jury panel lists did not impact trial fairness; that the privacy rights of prospective jurors were not breached; and that the jury would not have been differently constituted if there had been disclosure of the police comments. It dismissed the appeal.

[8] In my view, there should be no systematic distribution of jury panel lists to police services for comment regarding the suitability of jurors. In exercising its peremptory challenges, the Crown should not have the advantage of the use of state resources, which are not available to the defence, to choose a jury that may be perceived to be favourable to the Crown. Further, the privacy interests of

l'évaluation des jurés, mais elle a finalement rejeté l'appel (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161). Seule la question de l'évaluation des jurés fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

[6] L'appellant réclame un nouveau procès, au motif que l'obtention d'opinions de la part des « policiers désignés » (des agents de police chargés d'assister le procureur de la Couronne dans des tâches liées aux instances devant les tribunaux) et le fait que ces opinions n'ont pas été communiquées ont occasionné une erreur judiciaire visée au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*. À côté du nom de trois des jurés choisis en l'espèce, un policier avait inscrit les mentions [TRADUCTION] « bon », « ok » ou « non ». L'appellant prétend qu'il existe une possibilité raisonnable que la défense aurait utilisé autrement ses récusations péremptoires si elle avait connu l'existence de ces mentions, et que le jury aurait été constitué différemment. Il affirme que la Couronne ne s'est pas acquittée de ses obligations de communication, qu'elle a violé le droit à la vie privée des candidats jurés et qu'elle a consulté des ressources étatiques, créant ainsi un déséquilibre dans le processus de sélection du jury et l'apparence que le jury lui était favorable. En conséquence, l'appellant soutient que le procès a été inéquitable et que l'apparence d'iniquité requiert la tenue d'un nouveau procès.

[7] La Cour d'appel a conclu que les opinions des policiers n'étaient pas des « renseignements » qui devaient être communiqués, que la communication anticipée des tableaux des jurés n'a eu aucune incidence sur l'équité du procès, que le droit à la vie privée des candidats jurés n'a pas été violé et que le jury n'aurait pas été constitué différemment s'il y avait eu communication des commentaires des policiers. Elle a rejeté l'appel.

[8] À mon avis, les tableaux des jurés ne devraient pas être distribués systématiquement aux services de police afin de recueillir des commentaires au sujet de l'aptitude des jurés à siéger. Lorsqu'elle utilise ses récusations péremptoires, la Couronne ne devrait pas profiter de l'avantage que procure l'utilisation de ressources étatiques — dont ne disposent pas la défense — afin de choisir un jury qui

prospective jurors should be protected, except as necessary for the administration of the criminal justice system.

[9] I agree, however, that the Crown may engage in targeted consultation with a limited number of individuals working on the case with the prosecution, including police officers, to discuss concerns relating to the partiality, eligibility or suitability of a prospective juror. Any information relevant to the selection process must be disclosed, including any information acquired in the execution of police duties. If it is unclear whether a bald police opinion is based upon such information, the opinion should be disclosed.

[10] In this case, the Crown received opinions based upon consultation with the three local police services. The opinions provided were based at least in part upon police information about the prospective jurors. Those opinions should have been disclosed. However, the Court of Appeal found that there was no reasonable possibility that the jurors were partial to the Crown. The court's finding that the jury would not have been differently constituted had those opinions been disclosed was available on the evidence in this case. There was no error in principle and I would not interfere with the Court of Appeal's conclusion that the Crown's conduct in this case did not prejudice trial fairness, and did not lead to an appearance of unfairness that requires a new trial. I would dismiss the appeal.

#### I. Background

[11] Jury panel lists are usually disclosed 10 days before trial, in accordance with s. 20 of the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. In this case, the jury panel lists were provided to both the Crown and the defence about three weeks prior to trial. Defence counsel showed the lists to the

peut être perçu comme lui étant favorable. De plus, le droit à la vie privée des candidats jurés doit être protégé, sauf dans la mesure nécessaire à l'administration du système de justice pénale.

[9] Je suis toutefois d'accord pour dire que la Couronne peut se livrer à des consultations sélectives auprès d'un nombre limité de personnes collaborant à l'instance avec la poursuite, y compris des policiers, pour discuter de préoccupations concernant la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Tout renseignement pertinent pour le processus de sélection doit être communiqué, y compris tout renseignement recueilli dans l'exécution de fonctions policières. S'il n'est pas évident qu'une opinion policière laconique est fondée sur de tels renseignements, cette opinion doit être communiquée.

[10] En l'espèce, la Couronne a obtenu des opinions basées sur la consultation de trois services de police régionaux. Les opinions exprimées étaient fondées, du moins en partie, sur des renseignements policiers concernant les candidats jurés. Ces opinions auraient dû être communiquées. Toutefois, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été partiaux en faveur de la Couronne. Compte tenu de la preuve au dossier dans la présente affaire, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que le jury n'aurait pas été constitué différemment si les opinions en question avaient été communiquées. Aucune erreur de principe n'a été commise et je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la conduite de la Couronne en l'espèce n'a pas porté atteinte à l'équité du procès et n'a pas soulevé une apparence d'iniquité requérant la tenue d'un nouveau procès. Je rejeterais le pourvoi.

#### I. Contexte

[11] Les tableaux des jurés sont généralement communiqués 10 jours avant le procès, conformément à l'art. 20 de la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3. Dans le présent cas, les tableaux ont été remis à la fois à la Couronne et à la défense environ trois semaines avant le procès. L'avocat de

appellant, his family, and possibly the local referring solicitor.

[12] In accordance with the practice of the local Crown office in Cobourg, copies of the jury panel lists were provided to the court officers at the three local police services: the Cobourg Police Service, the Port Hope Police Service, and the local division of the Ontario Provincial Police. They were asked for their opinion on the suitability of prospective jurors, including any potential partiality for or against the Crown, for the purpose of exercising peremptory challenges. It was understood that police databases would not be used to check the jury lists, and that the comments were to be based on the officers' knowledge of potential jurors in the community. One or two officers at each police service would review the lists and add general comments, such as "good", "yes", "ok" or "no", or brief specific comments regarding relationships or roles in the community. The lists were sometimes provided to other officers for their review. The responses were compiled in a master list by an employee of the Crown office.

[13] Neither the list, nor the fact that inquiries had been made, was disclosed to the defence, although when someone on the list was identified as the deceased's brother-in-law, this was disclosed and the person was removed from the jury panel.

[14] There were notations beside 118 names out of the total 400 potential jurors. Fifty-one notations said "good" or "yes", without indicating the basis for the opinion. During the pre-screening process, 11 of those 51 prospective jurors disclosed a relationship with the police, or that they knew the victim in some capacity. One of those noted as

la défense les a montrés à l'appellant, à sa famille et peut-être au procureur de la région qui lui avait envoyé le client.

[12] Conformément à la pratique du bureau des procureurs de la Couronne de Cobourg, des exemplaires des tableaux des jurés ont été distribués aux policiers désignés de trois services de police régionaux : le service de police de Cobourg, le service de police de Port Hope et le détachement régional de la Police provinciale de l'Ontario. En vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires, la Couronne a demandé aux policiers désignés leur opinion sur l'aptitude des candidats jurés, notamment sur l'existence d'une possible partialité en sa faveur ou à son encontre. Il était entendu que les bases de données de la police ne seraient pas utilisées pour vérifier les tableaux des jurés et que les commentaires devaient être basés sur ce que ces policiers eux-mêmes savaient au sujet des candidats jurés au sein de la communauté. Un ou deux agents de chacun des services de police examineraient les tableaux et y inscriraient une mention générale comme [TRADUCTION] « bon », « oui », « ok », « non », ou de brefs commentaires sur les liens qu'avaient les candidats jurés dans la communauté ou les rôles qu'ils y jouaient. Les tableaux ont dans certains cas été remis pour examen à d'autres agents. Les réponses ont été rassemblées sur une liste maîtresse par un employé du bureau des procureurs de la Couronne.

[13] Ni la liste elle-même ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n'ont été communiqués à la défense. Toutefois, lorsqu'on a découvert qu'une personne figurant sur cette liste était le beau-frère du défunt, ce renseignement a été communiqué et le nom de cette personne a été retiré du tableau.

[14] Des annotations étaient inscrites en regard de 118 des 400 noms des candidats jurés. Dans 51 cas, la mention était « bon » ou « oui », sans indication du fondement de cette opinion. Au cours du processus de présélection, 11 candidats jurés sur 51 ont révélé qu'ils avaient des liens avec la police, qu'ils connaissaient un policier ou encore qu'ils

“good” had a cousin who was a police officer killed in the line of duty.

[15] This trial was notorious in the community. As a result, significant pre-screening was conducted in the courtroom. The panels were first vetted by the trial judge for partiality arising from relationships to any witness or trial participant; “inside” knowledge of the case; involvement in any other case involving similar allegations, and other bases for hardship. At defence counsel’s request, the trial judge also screened the panels by asking whether anyone was “closely associated with members of the police force or correctional services”. Forty-five prospective jurors reported some form of a police/corrections relationship during the pre-selection vetting process. Ten of those 45 had concrete notations on the Crown’s list: four were positive, with some details. In addition, six notations simply said “good” or “yes”; one said “no” and two were queries.<sup>2</sup>

[16] Seventy-two prospective jurors were excused, due to a police or corrections relationship (37), connections to the victim (13), or connections to the defence (22). Eight prospective jurors declared a police/corrections relationship but were not excused by the trial judge, because they indicated they could remain impartial. Six were challenged peremptorily: three by the Crown and three by the defence.

---

2 The figures regarding the relationships of prospective jurors in the community have been determined based on the information disclosed in the transcript of the jury selection held on January 8 and January 9, 2007, before Scott J. of the Ontario Superior Court of Justice in Cobourg.

connaissaient la victime à un titre ou à un autre. Un des candidats jurés qualifiés de « bon » avait eu un cousin policier qui avait été tué dans l’exercice de ses fonctions.

[15] Comme le procès avait un caractère notoire dans la communauté, il y a eu une imposante présélection en salle d’audience. Les candidats jurés faisant partie des tableaux ont d’abord été questionnés par le juge du procès pour déceler des situations d’inhabilité découlant de l’existence de liens avec un témoin ou un participant au procès, de la connaissance d’information « privilégiée » sur l’instance, de la participation à une autre instance comportant des allégations similaires ou encore d’autres raisons ou inconvénients justifiant d’écarter ou de dispenser un candidat. À la demande de l’avocat de la défense, le juge du procès a également demandé aux candidats jurés si certains d’entre eux étaient [TRADUCTION] « étroitement liés avec des membres des services policiers ou correctionnels ». Durant le processus de présélection, 45 candidats jurés ont dit avoir des liens — sous une forme ou une autre — avec les services policiers ou correctionnels. Sur la liste de la Couronne, les noms de 10 de ces 45 personnes étaient accompagnés de commentaires : quatre de ces commentaires étaient favorables et accompagnés de certains détails. De plus, dans six cas la mention était simplement « bon » ou « oui », dans un cas, « non », et, dans deux autres, il s’agissait de questions<sup>2</sup>.

[16] Soixante-douze candidats jurés ont été dispensés en raison de l’existence de liens soit avec les services policiers ou correctionnels (37), soit avec la victime (13), soit avec la défense (22). Huit candidats jurés qui ont déclaré avoir des liens avec les services policiers ou correctionnels n’ont toutefois pas été dispensés par le juge du procès, parce qu’ils ont indiqué pouvoir demeurer impartiaux. Six de ces candidats ont été récusés péremptoirement : trois par la Couronne et trois par la défense.

---

2 Les chiffres concernant les liens des candidats au sein de la communauté ont été déterminés à partir de l’information figurant dans la transcription des séances de sélection du jury tenues les 8 et 9 janvier 2007, devant le juge Scott de la Cour supérieure de justice de l’Ontario à Cobourg.

[17] After the in-court vetting and the challenges for cause based upon prior knowledge of the case that might prevent prospective jurors from remaining impartial, there were 13 potential jurors with notations left. The Crown used those notations as one factor in exercising its peremptory challenges, but placed limited weight on the comments, as the basis for the opinion was not provided. The Crown challenged two potential jurors with a negative notation but also challenged one potential juror with a positive notation; and, significantly, did not challenge another with a negative notation. At the end of the selection process, the defence had five peremptory challenges remaining and the Crown had three peremptory challenges remaining.

[18] Three of the jurors who tried the case had notations beside their names: “good”, “ok”, and “no”.

[19] Following the selection of the jury, a court security officer reported that a juror may have made a comment indicating a bias against the accused. The Crown immediately notified the judge and defence counsel, suggesting that the juror be separated from the others until the judge could make a determination. The juror was discharged, and both defence counsel and the judge commended Crown counsel.

II. Decision of the Court of Appeal (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161)

[20] Rosenberg J.A. concluded that there was no obligation to disclose the notations on the jury panel lists because they consisted of police “opinions” and not concrete information. The Court of Appeal also held that the early release of the lists did not affect the fairness of the trial, or the validity of the jury selection process, as the defence also received the lists early. Claims that the jury vetting violated provincial privacy legislation were not made out, and in any event, the court

[17] Au terme de la présélection en salle d’audience et des récusations motivées par une connaissance préalable de l’affaire susceptible d’empêcher des candidats jurés de demeurer impartiaux, il restait 13 candidats jurés dont le nom était accompagné de commentaires. Ces commentaires ont été l’un des facteurs dont s’est servie la Couronne dans l’utilisation de ses récusations péremptoires, mais elle n’a accordé qu’un poids limité à ces commentaires, car aucune raison n’expliquait l’opinion ainsi fournie. La Couronne a récusé péremptoirement deux candidats jurés faisant l’objet d’un commentaire défavorable et un candidat noté favorablement. En outre, fait important, elle n’a pas récusé un autre candidat qui avait fait l’objet d’un commentaire défavorable. À la fin du processus de sélection, la défense avait encore droit à cinq récusations péremptoires et la Couronne à trois.

[18] Trois des jurés qui ont jugé l’affaire avaient fait l’objet de commentaires en regard de leur nom : [TRADUCTION] « bon », « ok » et « non ».

[19] À la suite de la sélection du jury, une agente de sécurité du tribunal a signalé qu’un juré avait peut-être fait un commentaire indiquant un parti pris défavorable à l’accusé. La Couronne a immédiatement informé le juge et l’avocat de la défense et proposé que ce juré soit séparé des autres jusqu’à ce que le juge ait pu prendre une décision à son égard. Le juré en question a été libéré, et tant l’avocat de la défense que le juge ont loué la conduite du procureur de la Couronne.

II. L’arrêt de la Cour d’appel (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161)

[20] Le juge Rosenberg a conclu qu’il n’existait aucune obligation de communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés, parce qu’il s’agissait d’« opinions » émanant de la police et non de renseignements concrets. La Cour d’appel a également jugé que la remise anticipée des tableaux n’avait eu aucune incidence sur l’équité du procès ou sur la validité du processus de sélection du jury, car la défense les avait elle aussi reçus prématurément. Les prétentions selon lesquelles l’évaluation

found that violations of privacy are not sufficient to undermine the fairness of the jury selection process.

[21] Ultimately, the Court of Appeal found that the jury vetting did not afford the Crown an unfair advantage that affected trial fairness in this case. Crown counsel received only one-word opinions from police, which were not always relied upon. The Court of Appeal was unable to draw the inference that the jury would have been differently constituted.

[22] Further, the Court of Appeal held that there was no appearance of unfairness, as a reasonable person would not conclude that the jury appeared biased: (1) the information was of limited use to the Crown; (2) the Crown disclosed instances where there was a real potential for bias; (3) there was pre-screening in which potential jurors were questioned about their connection to the police force; and (4) the jury vetting related to the use of peremptory challenges, which is an inherently arbitrary exercise.

[23] The Court of Appeal also distinguished this case from situations in which the Crown deliberately sets out to engineer a favourable jury, as occurred in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), or where the police personally question prospective jurors, as was the case in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217. Ultimately, this case did not give rise to the appearance of a miscarriage of justice.

### III. The Issues

[24] This appeal requires the Court to determine whether the Crown's inquiry regarding potential jurors and the failure to disclose the related notations on the jury panel lists resulted in a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of

des jurés avait violé la législation provinciale en matière de protection de la vie privée n'ont pas été prouvées et, de toute façon, la Cour d'appel a conclu que des atteintes à la vie privée ne suffisent pas pour miner l'équité du processus de sélection du jury.

[21] En fin de compte, la Cour d'appel a jugé que l'évaluation des jurés n'avait pas accordé à la Couronne un avantage injuste qui aurait influé sur l'équité du procès. Le procureur de la Couronne n'a reçu de la police que des opinions composées d'un seul mot, qu'il n'a d'ailleurs pas toujours suivies. La Cour d'appel a été incapable de conclure que le jury aurait été constitué différemment.

[22] De plus, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucune apparence d'iniquité, car une personne raisonnable ne conclurait pas que le jury a semblé partial : (1) les renseignements ont été peu utiles à la Couronne; (2) celle-ci a signalé des cas où il existait un véritable risque de partialité; (3) il y a eu une étape de présélection au cours de laquelle des candidats jurés ont été interrogés au sujet de leurs liens avec les services policiers; (4) l'évaluation des jurés a été réalisée en vue de l'utilisation des récusations péremptoires, un processus intrinsèquement arbitraire.

[23] La Cour d'appel a également établi une distinction entre la présente affaire et les situations dans lesquelles la Couronne cherche délibérément à réunir un jury qui lui est favorable, comme ce fut le cas dans *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), ou dans lesquelles la police interroge personnellement des candidats jurés, comme ce fut le cas dans *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217. En dernière analyse, la Cour d'appel a jugé que la présente affaire n'avait pas donné lieu à une apparence d'erreur judiciaire.

### III. Les questions en litige

[24] Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si la demande de renseignements présentée par la Couronne au sujet des candidats jurés et l'omission de cette dernière de communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés par suite de cette

the *Criminal Code*. This raises the following questions:

1. As a matter of general principle, may Crown counsel seek the opinion of police officers as to the suitability of prospective jurors: If so, what must be disclosed?
2. Did the Crown's failure to disclose the opinions and other information obtained affect the fairness of this trial?
3. Did the circumstances of this case create an appearance of unfairness that was a serious interference with the administration of justice, or was so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice?

#### IV. Analysis

##### A. *General Principles: May Crown Collect Police Officers' Opinions (and Other Information) Regarding Potential Jurors? What Must Be Disclosed?*

[25] As Moldaver J. concludes in the companion cases, jury vetting, particularly if it goes beyond eligibility criteria, raises serious concerns for the administration of our criminal justice system: see *Yumnu*, at paras. 36-43. As such, any scrutiny of prospective jurors using government or police databases should be limited to criminal record checks for the purpose of determining juror eligibility under provincial legislation, or acceptability under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*. Any information obtained relevant to the selection process must be disclosed. This includes information bearing on the eligibility, partiality or suitability of potential jurors: see *Yumnu*, at paras. 50-55.

demande ont entraîné une erreur judiciaire visée au sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*. Cette question soulève à son tour les questions suivantes :

1. En tant que règle générale, les procureurs de la Couronne peuvent-ils demander l'opinion des policiers quant à l'aptitude de candidats jurés et, dans l'affirmative, quels renseignements ainsi obtenus doivent être communiqués?
2. L'omission de la Couronne de communiquer les opinions et autres renseignements obtenus a-t-elle influé sur l'équité du procès en l'espèce?
3. Les circonstances de la présente affaire ont-elles créé une apparence d'iniquité constituant une ingérence grave dans l'administration de la justice ou ont-elles porté une atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que les procédures devraient être annulées pour cause d'erreur judiciaire?

#### IV. Analyse

##### A. *Principes généraux : La Couronne peut-elle recueillir l'opinion de policiers (ainsi que d'autres renseignements) au sujet des candidats jurés? Quels renseignements ainsi obtenus doivent être communiqués?*

[25] Comme conclut le juge Moldaver dans les pourvois connexes, l'évaluation des jurés — particulièrement si elle va au-delà des critères de détermination de l'habilité — soulève de graves préoccupations en ce qui concerne l'administration de notre système de justice pénale : voir *Yumnu*, par. 36-43. Pour cette raison, toute recherche effectuée au sujet des candidats jurés au moyen de bases de données gouvernementales ou policières devrait se limiter à la vérification des antécédents judiciaires aux fins de détermination de l'habilité d'une personne à siéger comme juré suivant les lois provinciales ou l'al. 638(1)c) du *Code criminel*. Tout renseignement ainsi obtenu qui est pertinent relativement au processus de sélection doit être communiqué. Cela comprend les renseignements touchant l'habilité, la partialité ou l'aptitude des candidats jurés : voir *Yumnu*, par. 50-55.

[26] This case raises the issue of whether the Crown can make any further general inquiries of police officers beyond such limited criminal record checks. The appellant and a number of interveners submitted that no further checks should be permitted or, if they are, the results must be disclosed.

[27] The Information and Privacy Commissioner of Ontario conducted an investigation in the wake of the disclosure of jury vetting by the Crown. Her report emphasized that the interests of prospective jurors against the collection and collation of their personal information by the state must be protected, except as necessary for the administration of justice. She concluded that there is a substantial public interest in protecting the privacy rights of prospective jurors as an essential component of the administration of criminal justice, and that any inquiries or investigation by the Crown, beyond conducting criminal record checks, should be carried out under court supervision.

[28] The Crown agrees that there should be no systematic distribution of jury lists for comment regarding the prospective jurors. However, the Crown submits that it should be permitted to seek the opinions of police officers who form part of the prosecution team, or are associated with it, and that, in keeping with a balanced jury selection process, those opinions need not be disclosed.

[29] In my view, informal consultation with police officers must be approached with caution. Seeking information regarding prospective jurors from members of police services presents a number of risks that threaten public confidence in jury selection and the administration of the criminal justice system.

[26] La présente affaire soulève la question de savoir si la Couronne peut soumettre aux policiers d'autres demandes générales de renseignements en sus de cette vérification limitée des antécédents judiciaires. L'appelant et un certain nombre d'intervenants prétendent qu'aucune vérification additionnelle ne doit être autorisée ou que, si d'autres vérifications sont permises, leurs résultats doivent être communiqués.

[27] La commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario a mené une enquête à la suite de la divulgation des activités d'évaluation des jurés auxquelles s'est livrée la Couronne. Dans son rapport, la commissaire a souligné qu'il faut protéger le droit des candidats jurés à ce que l'État ne procède pas à la collecte et à la compilation de renseignements personnels les concernant, sauf dans la mesure nécessaire pour les besoins de l'administration de la justice. Elle a conclu qu'il est manifestement dans l'intérêt public de protéger le droit des candidats jurés au respect de leur vie privée, car il s'agit d'un aspect essentiel de l'administration de la justice pénale, et que toute demande de renseignement ou enquête par la Couronne — en sus de la vérification des antécédents judiciaires — devrait être réalisée sous la supervision des tribunaux.

[28] La Couronne reconnaît que les tableaux des jurés ne devraient pas être distribués de manière systématique afin de recueillir des commentaires au sujet des candidats jurés. Toutefois, elle prétend qu'elle devrait être autorisée à solliciter l'opinion des policiers qui font partie de l'équipe chargée des poursuites, ou qui sont associés à celle-ci, et que, compte tenu du caractère équilibré du processus de sélection du jury, ces opinions n'ont pas à être communiquées.

[29] À mon avis, la prudence s'impose en ce qui concerne les consultations officieuses menées auprès d'agents de police. En effet, le fait de s'adresser à des membres de corps policiers pour obtenir des renseignements au sujet des candidats jurés soulève un certain nombre de risques susceptibles de compromettre la confiance de la société dans la sélection des jurys et l'administration du système de justice pénale.

(1) The Criminal Jury System

[30] Our jury system is based upon trial by one's peers: twelve randomly chosen, representative jurors. The jury reflects the common sense, the values, and the conscience of the community. The selection process must ensure an independent, impartial, and competent jury. It must promote public confidence in the jury's verdict, and in the administration of criminal justice. It should also, to the extent possible, protect the legitimate privacy interests of prospective jurors. See *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205, at paras. 42-44; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270, at paras. 117-25.

[31] Challenges for cause and the court vetting process in ss. 626 to 644 of the *Criminal Code* are designed to ensure a jury that is eligible, impartial and competent. Subsequent to the amendments to the jury selection process following this Court's decision in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, neither party has the right to select a jury, or has the positive power to shape a jury. Jurors are selected at random, and randomness ensures representativeness: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525. As officers of the court, all counsel have a responsibility to uphold the *Charter* right, as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to an independent and impartial jury. Either party can challenge a juror for cause, based on objective grounds.

[32] However, the *Criminal Code* gives the parties a limited opportunity to object to specific jurors chosen from the jury list. Peremptory challenges can be exercised on purely subjective grounds. Crown counsel, as local ministers of justice, exercise that choice on behalf of the public. The alternating order and equal number of peremptory challenges give both the Crown and the defence an equal opportunity to object to a limited

(1) Le système du jury en matière pénale

[30] Notre système de jury est fondé sur le droit de l'accusé d'être jugé par un jury de ses pairs : douze jurés représentatifs choisis au hasard. Le jury reflète le bon sens, les valeurs et la conscience de la communauté. Le processus de sélection doit assurer la formation d'un jury indépendant, impartial et compétent. Il doit favoriser la confiance du public dans le verdict du jury et dans l'administration de la justice pénale. Il doit également, dans la mesure du possible, protéger les droits légitimes des candidats jurés à la protection de leur vie privée. Voir *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205, par. 42-44; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270, par. 117-125.

[31] Les récusations motivées ainsi que le processus de vérification par la cour prévus aux art. 626 à 644 du *Code criminel* visent à garantir la formation d'un jury habile à siéger, impartial et compétent. Par suite des modifications apportées au processus de sélection du jury après la décision de notre Cour dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, ni l'une ni l'autre des parties n'a le droit de choisir le jury ou ne possède de pouvoir concret lui permettant de façonner un jury. Les jurés sont choisis au hasard et ce caractère aléatoire garantit la représentativité du jury : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525. À titre d'auxiliaires de justice, tous les avocats ont la responsabilité de contribuer au respect du droit à un jury indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'une ou l'autre partie peut, en invoquant des raisons objectives, demander la récusation d'un juré.

[32] Cependant, le *Code criminel* accorde aux parties une possibilité limitée de s'opposer à la sélection de certains jurés figurant sur le tableau. Les parties peuvent effectuer des récusations péremptoires pour des motifs purement subjectifs. Pour leur part, en tant que ministres de la justice régionaux, les procureurs de la Couronne exercent cette faculté au nom du public. Le nombre égal de récusations péremptoires dont disposent la Couronne et

number of potential jurors to address any other concerns regarding suitability or concerns that may fall short of proof of partiality. Our post-*Bain* jury selection process ensures equality of influence over the composition of the jury as between the parties.

[33] The selection process permits some limited advance notice and a controlled review of jury panel lists.<sup>3</sup> Any limited consultation by the Crown or defence counsel is subject to respect for privacy interests of the potential jurors as outlined by the rules of professional conduct. See the Law Society of Upper Canada's *Rules of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) and (2), and the Federation of Law Societies of Canada's *Model Code of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) and (2).

(2) The Impact of Jury Vetting on the Criminal Jury System

[34] In my view, the Crown should not engage in systematic consultations with police services regarding the suitability of jurors. There is a real risk that such inquiries could represent access to an informal database of the contacts a prospective juror has had with the police services and the criminal justice system. The defence does not have access to such state resources. This creates an imbalance and the jury might be perceived to be favourable to the Crown.

[35] Further, these inquiries are contrary to the important privacy interests of all prospective jurors. As this Court held, in the context of the jury

3 In Ontario, the occupations are also listed pursuant to s. 18(2) of Ontario's *Juries Act*, which requires the sheriff to include the name, the number of each name on the jury roll, the juror's place of residence, and the juror's occupation, on the panel list.

la défense, conjugué au fait qu'elles parlent à tour de rôle, donne aux deux parties une chance égale de s'opposer à la sélection d'un nombre limité de candidats jurés en raison de réserves quant à leur aptitude ou d'inquiétudes ne constituant pas tout à fait une preuve de partialité. Depuis l'arrêt *Bain*, notre processus de sélection du jury garantit aux parties une influence égale sur la composition du jury.

[33] Le processus de sélection permet une communication préalable limitée des tableaux de jurés ainsi que leur examen selon certaines modalités<sup>3</sup>. Toute consultation limitée par la Couronne ou la défense doit respecter le droit des candidats jurés à la protection de leur vie privée, conformément aux règles de déontologie professionnelle applicables. Voir : Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 4.05(1) et (2), et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *Code type de déontologie professionnelle* (en ligne), règle 4.05(1) et (2).

(2) Incidence de l'évaluation des jurés sur le système du jury en matière pénale

[34] À mon avis, la Couronne ne devrait pas consulter systématiquement les services de police au sujet de l'aptitude des jurés. Il existe un risque véritable que de telles demandes de renseignements aient pour effet de donner accès à des sources d'information officielles concernant les contacts qu'a eus un candidat juré avec les services policiers et le système de justice pénale. La défense n'a pas accès à de telles ressources étatiques. Cette situation crée un déséquilibre et le jury pourrait être perçu comme étant favorable à la Couronne.

[35] De plus, les demandes de renseignements de ce genre contreviennent au droit important dont jouissent tous les candidats jurés en matière de

3 En Ontario, la profession des candidats jurés est également mentionnée conformément au par. 18(2) de la *Loi sur les jurys* de l'Ontario, lequel précise que le shérif doit transcrire sur le tableau des jurés les noms des personnes choisies en indiquant leur lieu de résidence, leur profession et le numéro correspondant à chaque nom sur la liste des jurés.

secrecy rule, in *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 52:

Our system of jury selection is sensitive to the privacy interests of prospective jurors (see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128), and the proper functioning of the jury system, a constitutionally protected right in serious criminal charges, depends upon the willingness of jurors to discharge their functions honestly and honourably. This in turn is dependent, at the very minimum, on a system that ensures the safety of jurors, their sense of security, as well as their privacy.

[36] Such inquiries may also appear to be an attempt on the part of the Crown to select a favourable jury. As Cory J. noted in *Bain*, at p. 103:

The jury is the ultimate decision maker. The fate of the accused is in its hands. The jury should not as a result of the manner of its selection appear to favour the Crown over the accused. Fairness should be the guiding principle of justice and the hallmark of criminal trials.

[37] Finally, such inquiries raise the spectre of the undue blending of investigative and prosecutorial roles. The importance of keeping these activities separate was noted in the Ontario *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), at p. 39: "... separating the investigative and prosecutorial powers of the state is an important safeguard against the misuse of both".

### (3) The Scope of Acceptable Inquiries

[38] I agree with the Court of Appeal that, for the purpose of exercising its discretion in the preemptory challenge process, the Crown is permitted to ask the opinion of someone who is part of the prosecution team, or to consult with those assisting the prosecution, including individual police officers,

respect de leur vie privée. Dans *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 52, la Cour a tiré la conclusion suivante dans le contexte du secret des délibérations du jury :

Notre système de sélection du jury est sensible au droit à la vie privée des jurés potentiels (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128), et le bon fonctionnement de l'institution du jury, droit garanti par la Constitution aux personnes inculpées de crimes graves, dépend de la volonté des jurés de s'acquitter de leurs fonctions de façon honnête et honorable. Pour cela, il faut à tout le moins un système qui assure concrètement la sécurité des jurés, leur sentiment d'être protégés ainsi que le respect de leur vie privée.

[36] Une telle demande peut également être perçue comme une tentative de la part de la Couronne de choisir un jury qui lui est favorable. Comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Bain*, p. 103 :

Le jury est celui qui prend la décision finale. Le sort de l'accusé repose entre ses mains. Le jury ne devrait pas, par suite de la manière dont ses membres sont sélectionnés, sembler favoriser le ministère public au détriment de l'accusé. L'équité devrait être le principe directeur de la justice et la marque des procès criminels.

[37] Enfin, de telles demandes de renseignements font surgir le spectre de la confusion indue des rôles d'enquêteur et de poursuivant. L'importance de maintenir la séparation de ces activités a été soulignée dans un document préparé en Ontario et intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), p. 39 : [TRADUCTION] « ... la séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite de l'État constitue une importante garantie contre l'abus de l'un et de l'autre ».

### (3) Étendue des demandes de renseignements acceptables

[38] À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que, afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de récusations péremptoires, la Couronne est autorisée à solliciter l'opinion d'une personne qui fait partie de l'équipe chargée des poursuites ou à consulter les personnes qui assistent la poursuite,

regarding concerns relating to partiality, eligibility, or suitability of any prospective juror. When controlled and limited to a few individual police officers, consultation does not, in itself, create an imbalance or an appearance of unfairness. For example, the officer in charge of the investigation routinely assists the Crown in the courtroom. Part of this assistance could include reviewing the jury list in advance of the hearing. However, except for criminal record checks as permitted in *Yumnu*, database searches and police investigation should not be permitted.

[39] In principle, there is nothing wrong with the Crown's using the collective experience and judgment of the prosecution team in exercising discretionary decisions. It is consistent with the duty to uphold an impartial and competent jury. It is consistent with the right to exercise discretionary challenges. It is consistent with the rules of professional conduct. And it is consistent with consultation conducted by the defence.

[40] Provided that any relevant information is disclosed, such limited consultation does not represent the inappropriate use of police resources or information, and there is no imbalance that would give rise to a miscarriage of justice. This consultation would reflect a level playing field when it comes to jury selection and would guarantee each party the right to protect its discretionary and strategic choices. If the consultation is limited in this way, it does not represent an unjustified invasion of juror privacy.

#### (4) Disclosure Requirements

[41] Obviously, if the Crown seeks the opinion of a police officer, any information received relevant to the selection process (touching on a potential juror's eligibility, suitability, or ability to remain impartial) must be disclosed. This includes any

y compris des agents de police individuellement, à propos de doutes quant à la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Lorsqu'une telle consultation est effectuée selon certaines modalités et qu'elle est limitée à un petit nombre de policiers, elle ne crée pas en soi un déséquilibre ou une apparence d'iniquité. Par exemple, l'enquêteur principal au dossier assiste couramment la Couronne en salle d'audience. L'examen du tableau des jurés avant l'audience pourrait constituer un aspect de cette assistance. Toutefois, sauf pour les vérifications d'antécédents judiciaires autorisées dans *Yumnu*, les recherches dans les bases de données et les enquêtes policières ne doivent pas être permises.

[39] En principe, il n'y a rien de répréhensible à ce que la Couronne fasse appel à l'expérience collective et au jugement de l'ensemble de l'équipe chargée des poursuites lorsqu'elle prend des décisions de nature discrétionnaire. Cette façon de faire est compatible avec l'obligation de veiller à la constitution d'un jury impartial et compétent. Elle concourt à l'exercice du droit de procéder à des récusations péremptoires. Elle est conforme aux règles de déontologie professionnelle. Et elle est logique, compte tenu des consultations auxquelles se livrent de son côté la défense.

[40] Pourvu que tout renseignement pertinent soit communiqué, une telle consultation limitée ne constitue pas une utilisation inacceptable de ressources ou informations policières, et il n'existe aucun déséquilibre qui entraînerait une erreur judiciaire. Une telle consultation se traduit par des conditions égales pour les deux parties en ce qui a trait à la sélection de jury et elle garantit à chacune d'elles le droit de protéger ses choix discrétionnaires et stratégiques. Si la consultation respecte ces limites, elle ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée des jurés.

#### (4) Obligations de communication

[41] Il va de soi que, si la Couronne sollicite l'opinion d'un policier, elle doit communiquer tout renseignement pertinent dans le cadre du processus de sélection (relativement à l'habileté d'un candidat juré, à son aptitude ou à sa capacité à demeurer

information obtained as a result of the officer's execution of police duties. The more difficult issue is whether the opinion of a police officer must be disclosed.

[42] The Court of Appeal determined that the limit of the Crown's disclosure obligations is reached where what is sought is nothing more than the personal opinions of police officers about potential jurors. After citing this Court's decision in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 17, that the duty to disclose extends to "any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence", Rosenberg J.A. concluded:

Police officers' personal opinions about potential jurors are not relevant information relating to the investigation and are clearly not evidence to be adduced against the accused. Finally, such opinions are not "information" that will assist the accused in making full answer and defence. [para. 31]

[43] The appellant submits that the Court of Appeal unduly narrowed the Crown's disclosure obligations by requiring only that "concrete information" be disclosed, and not police officers' opinions about prospective jurors. The information was far from being "clearly irrelevant"; it was of some use to the Crown, could have been of some use to the defence, and should therefore have been disclosed.

[44] The respondent replies that disclosure has never extended to the opinions and general knowledge of prosecutors and police (except for those opinions capable of being evidence). The mere opinions of persons associated with the prosecution, with whom the Crown consults in preparation for trial, relating to tactical or discretionary decisions are not subject to the disclosure

impartial) qu'elle reçoit de ce policier. Tout renseignement obtenu par suite de l'exécution par l'agent de ses fonctions policières est également visé par cette obligation de communication. La question la plus difficile est celle de savoir si les opinions formulées par les policiers doivent être communiquées.

[42] La Cour d'appel a jugé que l'obligation de communication de la Couronne cesse lorsque l'information demandée n'est rien de plus que les opinions personnelles d'agents de police sur des candidats jurés. Après avoir cité l'arrêt de notre Cour *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17, où il a été précisé que l'obligation de communication vise les renseignements « qui peuvent raisonnablement aider [l'accusé] à présenter une défense pleine et entière », le juge Rosenberg a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Les opinions personnelles de policiers sur des candidats jurés ne sont pas des renseignements pertinents se rapportant à l'enquête et elles ne sont de toute évidence pas des éléments de preuve qui doivent être présentés contre l'accusé. Enfin, de telles opinions ne sont pas des « renseignements » qui aideront l'accusé à présenter une défense pleine et entière. [par. 31]

[43] L'appellant soutient que la Cour d'appel a indûment restreint les obligations de communication de la Couronne en exigeant seulement que celle-ci communique les [TRADUCTION] « renseignements concrets », et non les opinions formulées par des policiers sur des candidats jurés. Cette information, de dire l'appellant, était loin d'être « manifestement non pertinente »; elle présentait une certaine utilité pour la Couronne; elle aurait pu avoir une certaine utilité pour la défense et, par conséquent, elle aurait dû être communiquée.

[44] L'intimée répond que l'obligation de communication ne s'est jamais appliquée aux opinions et aux connaissances générales des poursuivants et de la police (à l'exception des opinions pouvant constituer des éléments de preuve). De simples opinions exprimées par des personnes liées à la poursuite que la Couronne consulte en vue du procès, relativement à des décisions de nature tactique ou

obligations. Just because those opinions may be useful to the defence does not give rise to disclosure obligations. The respondent equates the notations with the analysis, opinion and strategy protected by litigation or work product privilege.

[45] This Court has recognized limits on disclosure obligations: the Crown must disclose all material unless it is (1) clearly irrelevant, such that it is not of any use to the defence; (2) protected by privilege; or (3) beyond the Crown's control: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. However, in *R. v. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Humphrey J. concluded: "I think any information about a juror that would realistically affect a decision as to whether to accept or challenge that juror is information which should be shared by the Crown with the defence" (p. 191). Further, as Fish J. observed in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, at para. 55, the obligation to disclose is based on the Crown's disproportionate access to vast resources.

[46] It seems to me that general impressions, personal or public knowledge in the community, rumours or hunches, need not be disclosed: see *Yumnu*, at para. 64. To the extent that the underlying information is readily ascertainable by members of the community, it is not linked to the prosecution's role as an agent of the state, or to the Crown's disproportionate access to resources, and there is no onus on the Crown to bring forward information that is easily obtainable elsewhere. The same logic applies to information about a prospective juror readily available on the internet. Further, the subjective feelings, hunches, or suspicions of members of the prosecution's team with regard to prospective jurors do not engage "the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence": *Stinchcombe*, at p. 336. Thus, for instance, the

discrétionnaire, ne sont pas assujetties à l'obligation de communication. Le seul fait que ces opinions pourraient être utiles à la défense ne fait pas naître une obligation de communication. L'intimée assimile les annotations en cause aux analyses, opinions et stratégies protégées par le privilège relatif au litige ou le privilège relatif au produit du travail de l'avocat.

[45] Notre Cour a reconnu que l'obligation de communication comporte des limites : la Couronne doit communiquer tout renseignement sauf dans les cas suivants : (1) le renseignement n'est manifestement pas pertinent, de sorte qu'il ne serait d'aucune utilité à la défense; (2) il est protégé par un privilège; (3) il ne relève pas de la Couronne : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Toutefois, dans *R. c. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Humphrey a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « J'estime que tout renseignement concernant un juré qui pourrait réalistement influencer sur la décision d'accepter ou de récuser ce juré est un renseignement dont la Couronne devrait faire part à la défense » (p. 191). De plus, dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, par. 55, le juge Fish a souligné que l'obligation de communication découle du fait que la Couronne dispose d'un accès disproportionné à de vastes ressources.

[46] Il me semble que des impressions générales, des faits possédant un caractère notoire dans la communauté ou relevant d'une connaissance personnelle, des rumeurs ou des intuitions n'ont pas à être communiqués : voir *Yumnu*, par. 64. Dans la mesure où l'information à la base de tels renseignements peut être aisément trouvée par des membres de la communauté, elle n'est pas liée au rôle que joue la poursuite en qualité d'agent de l'État ou à l'accès disproportionné de la Couronne à certaines ressources, et cette dernière n'est pas tenue de communiquer de l'information qu'il est facile d'obtenir autrement. La même logique s'applique aux renseignements concernant un candidat juré qui sont aisément accessibles sur Internet. De plus, les sentiments subjectifs, les intuitions ou les soupçons des membres de l'équipe chargée des poursuites au sujet de candidats jurés ne suscitent pas

Crown need not disclose observations regarding demeanour in the courtroom, or views based upon general experience and judgment, or upon public information.<sup>4</sup>

[47] When the Crown receives information that may bear on the jury selection process, it must disclose the information to the defence. As this Court recognized in *McNeil*, at para. 24: “. . . the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown”. While this statement was made in the context of the police’s duty to disclose relevant information uncovered during the investigation of a crime, it applies with equal force in the context of a police officer’s recommendations with regard to jury composition that are based on knowledge gathered in the course of law enforcement activities. The Crown must seek the basis for the opinions provided and determine whether they are based upon information that is reasonably accurate and reliably based.

[48] This is not to say that the Crown is required to disclose the opinions of police along with the information on which those opinions are based. So long as the underlying information is disclosed, the defence will have access to the material on which the opinion is based, and can draw its own inferences for the purpose of exercising its peremptory challenges.

[49] However, where a police officer has knowledge, whether derived from her role as an officer or as a member of the community, that is relevant

4 For instance, in this case, notations included: “nice lady” (accompanied by “no”); “owner [a named business]” (accompanied by “good”).

« la crainte prépondérante que la non-divulgence n’empêche l’accusé de présenter une défense pleine et entière » : *Stinchcombe*, p. 336. Par exemple, la Couronne n’aurait donc pas à communiquer des observations concernant le comportement d’une personne en salle d’audience ou encore des opinions basées sur l’expérience générale, le jugement ou des renseignements publics<sup>4</sup>.

[47] Lorsque la Couronne obtient des renseignements susceptibles d’avoir une incidence sur le processus de sélection du jury, elle doit les communiquer à la défense. Comme l’a reconnu notre Cour dans *McNeil*, par. 24 : « . . . le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l’enquête a omis de les lui communiquer ». Bien que cette déclaration ait été faite dans le contexte de l’obligation de la police de communiquer des renseignements pertinents découverts durant une enquête sur un crime, elle s’applique tout autant dans le contexte des recommandations que formule un policier à propos de la composition d’un jury sur la foi d’informations recueillies dans le cours d’activités d’application de la loi. La Couronne doit s’enquérir du fondement des opinions qui lui sont fournies et déterminer si ces opinions reposent sur de l’information raisonnablement exacte et émanant de sources fiables.

[48] Cela ne veut pas dire que la Couronne a l’obligation de communiquer les opinions exprimées par les policiers en plus de l’information sur laquelle ces opinions sont fondées. Tant que l’information à la base des opinions est communiquée, la défense a alors accès aux éléments sur lesquels repose l’opinion et elle pourra en tirer ses propres inférences en vue de l’utilisation de ses récusations péremptoires.

[49] Toutefois, lorsqu’une policière possède des renseignements pertinents pour le processus de sélection du jury — qu’elle les ait obtenus dans son

4 Voici, par exemple, certaines des annotations qu’on trouvait en l’espèce : [TRADUCTION] « dame agréable » (accompagnée de la mention « non »); « Propriétaire de [nom d’une entreprise] » (accompagnée de la mention « bon »).

to the jury selection process, she must disclose it. Where police officers are individual participants in the prosecution team, they too have a duty to uphold the administration of justice by bringing such knowledge forward.

### B. *Miscarriage of Justice*

[50] In his concurring opinion in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, LeBel J. considered the scope of the miscarriages of justice contemplated by s. 686(1)(a)(iii). He concluded, at para. 69, that when considering whether an irregularity that occurred during a trial rises to the level of a miscarriage of justice, “[t]he essential question in that regard is whether the irregularity was severe enough to render the trial unfair or to create the appearance of unfairness.”

[51] In *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, at para. 89, Cromwell J.A. provided a helpful summary of the two types of unfairness contemplated within the meaning of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii):

... the courts have generally grouped miscarriages of justice under two headings. The first is concerned with whether the trial was fair in fact. A conviction entered after an unfair trial is in general a miscarriage of justice . . . . The second is concerned with the integrity of the administration of justice. A miscarriage of justice may be found where anything happens in the course of a trial, including the appearance of unfairness, which is so serious that it shakes public confidence in the administration of justice . . . . [Citations omitted.]

### C. *Was the Trial Unfair?*

[52] The appellant urges this Court to use the two-part test developed in *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, to determine whether a new trial should be ordered for a breach of his right to disclosure under s. 7 of the *Charter*. Under this test, a lack of disclosure violates an accused’s right to full answer

rôle de policière ou en tant que membre de la communauté concernée —, elle doit les communiquer. Lorsque des policiers font partie de l’équipe chargée de la poursuite, ils ont eux aussi l’obligation d’appuyer l’administration de la justice en communiquant de tels renseignements.

### B. *Erreur judiciaire*

[50] Dans l’opinion concordante qu’il a rédigée dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, le juge LeBel s’est interrogé sur la nature des erreurs judiciaires visées au sous-al. 686(1)(a)(iii). Il a conclu, au par. 69, que lorsqu’on se demande si une irrégularité survenue au cours d’un procès constitue une erreur judiciaire, « [l]a question essentielle à trancher à cet égard consiste à savoir si l’irrégularité était grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d’iniquité. »

[51] Dans *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, par. 89, le juge Cromwell a fait un résumé utile des deux types d’iniquité visés par le terme « erreur judiciaire » au sous-al. 686(1)(a)(iii) :

[TRADUCTION] . . . les tribunaux regroupent généralement les erreurs judiciaires sous deux catégories. La première concerne les cas portant sur la question de savoir si le procès a dans les faits été équitable. Le prononcé d’une déclaration de culpabilité au terme d’un procès inéquitable constitue en général une erreur judiciaire [. . .] La deuxième concerne les cas touchant à l’intégrité de l’administration de la justice. Il est possible de conclure à l’existence d’une erreur judiciaire lorsque survient, au cours d’un procès, une situation — y compris une apparence d’iniquité — qui est grave au point d’ébranler la confiance de la population dans l’administration de la justice . . . [Références omises.]

### C. *Le procès a-t-il été inéquitable?*

[52] L’appelant exhorte la Cour à appliquer l’analyse à deux volets élaborée dans *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, pour décider si un nouveau procès doit être ordonné pour cause de violation du droit à la communication que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*. Selon cette analyse, une communication

and defence where there is a reasonable possibility that the verdict might have been different, or where the lack of disclosure affected the overall fairness of the trial process: *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307.

[53] However, it seems to me that the assessment of the impact of a failure to disclose that is required under the *Dixon* test should be modified when the undisclosed information does not bear on the merits of the case made by the prosecution or defence, but rather upon the choice of the trier of fact.

[54] Adapting the *Dixon* principles to these circumstances, the court must ask: first, whether the information ought to have been disclosed; and second, had the information been disclosed, whether there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. If not, trial fairness has not been compromised and the defence has not been prejudiced.

[55] However, even if one or two jurors may have been different, I am not persuaded, as the Nova Scotia Court of Appeal was in *R. v. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi, that this would necessarily end the inquiry. The jury selection process is designed to provide safeguards to ensure the impartiality of the jury: see *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857, at para. 65, and *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 714. The accused's ability to exercise his peremptory challenges is one of these safeguards: see *Sherratt*, at pp. 532-33. Where non-disclosure interferes with the accused's use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined. It seems to me that in such circumstances, the presumption that the jury is impartial is displaced. However, it may be that the Crown should then have the opportunity

insuffisante viole le droit d'un accusé à une défense pleine et entière lorsqu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent ou lorsque cette communication insuffisante a nui à l'équité globale du procès : *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

[53] Cependant, il me semble que l'appréciation de l'effet d'une omission de communiquer que requiert l'analyse élaborée dans *Dixon* devrait être modifiée lorsque les renseignements non communiqués n'ont pas d'incidence sur le bien-fondé des arguments présentés par la poursuite ou la défense mais influent plutôt sur la sélection du juge des faits.

[54] Adaptant les principes énoncés dans *Dixon* aux circonstances de l'espèce, le tribunal doit répondre à deux questions : Premièrement, les renseignements auraient-ils dû être communiqués? Deuxièmement, si les renseignements avaient été communiqués, existe-t-il une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment? Si la réponse est non, l'équité du procès n'a pas été compromise et la défense n'a pas subi de préjudice.

[55] Toutefois, même s'il est possible qu'un ou deux jurés auraient pu être des personnes différentes, je ne suis pas convaincue, contrairement à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi, que cela mettrait nécessairement fin à l'analyse. Le processus de sélection du jury comporte des garanties procédurales visant à assurer l'impartialité du jury : voir *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857, par. 65, et *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714. La capacité de l'accusé d'utiliser ses récusations péremptoires constitue l'une de ces garanties : voir *Sherratt*, p. 532-533. Lorsque la non-communication nuit à l'utilisation par l'accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise. Il me semble que, dans de telles circonstances, la présomption d'impartialité du jury

to show, on balance, that the jury was impartial.<sup>5</sup> Given my conclusion in this case that the Court of Appeal was entitled to find that the jury would not have been differently constituted, I need not finally decide the matter.

(1) Was the Scope of the Crown's Inquiry Inappropriate?

[56] The Crown should not have canvassed the three local police services for their opinion on the suitability of prospective jurors. The lists went to court officers, who in turn consulted with other members of their respective police services. For example, in the case of the Port Hope Police Service, a number of sergeants and the Deputy Chief may have been consulted. Inquiries of this scope are inappropriate, as they engage police services in their law enforcement role, as opposed to individual police officers in their role as associated with the prosecution team.

[57] The agreed statement of facts indicates that the Crown invited the police officers' opinions regarding the jury panel lists based upon the court "officers' knowledge of potential jurors in the community": A.R., vol. I, at p. 37. Officers clearly understood that police databases were not to be used in checking the lists.

[58] The Court of Appeal found that the notations on the jury panel lists amounted to personal

<sup>5</sup> Even if the Crown could establish that the trial was fair by showing that the jury was impartial, it may be necessary for the Crown to establish that the interference with the accused's right to meaningfully engage in the peremptory challenge process, as provided by the *Criminal Code*, did not give rise to an appearance of unfairness that would amount to a miscarriage of justice.

est repoussée. Toutefois, peut-être qu'en pareils cas la Couronne devrait se voir accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a été impartial<sup>5</sup>. Vu ma conclusion selon laquelle la Cour d'appel était justifiée de conclure que le jury n'aurait pas été constitué différemment, je n'ai pas à trancher définitivement la question.

(1) La portée des demandes de renseignements de la Couronne était-elle inacceptable?

[56] La Couronne n'aurait pas dû s'adresser aux trois services de police régionaux afin de recueillir l'opinion de leurs membres sur l'aptitude des candidats jurés. Les tableaux ont été remis aux policiers désignés, lesquels ont, à leur tour, consulté d'autres membres de leur service de police respectif. Par exemple, dans le cas du service de police de Port Hope, il est possible que le chef adjoint ainsi qu'un certain nombre de sergents aient été consultés. Des consultations de cette envergure sont inacceptables, car elles font appel aux services de police dans leur rôle d'organes chargés d'appliquer de la loi, plutôt qu'à des policiers, individuellement, dans le cadre du rôle qu'ils jouent au sein de l'équipe chargée des poursuites.

[57] L'exposé conjoint des faits indique que la Couronne a invité les policiers désignés à donner leur opinion au sujet des personnes figurant sur les tableaux des jurés, à la lumière de ce qu'ils [TRADUCTION] « savaient sur ces candidats jurés dans la communauté » : d.a., vol. I, p. 37. Ces policiers comprenaient clairement que les bases de données de la police ne devaient pas être utilisées pour vérifier les tableaux des jurés.

[58] La Cour d'appel a conclu que les annotations inscrites sur les tableaux des jurés constituaient des

<sup>5</sup> Même si la Couronne était en mesure d'établir que le procès a été équitable en démontrant l'impartialité du jury, il pourrait lui être nécessaire d'établir que l'atteinte au droit de l'accusé de participer utilement au processus des récusations péremptoires, de la manière prévue au *Code criminel*, n'a pas fait naître une apparence d'iniquité constituant une erreur judiciaire.

opinions. However, the notations were clearly more than personal views. The opinions were more than the impressions and personal views of the court officers, and were not solely based on their interactions with the particular prospective jurors, or the jurors' reputation in the community. Indeed, some of the specific notations were obviously based upon police information.<sup>6</sup> Further, the court officers chose to consult with other police officers. An opinion of "suitability" from police services, including "any potential partiality for or against the Crown" (A.R., vol. I, at p. 37), could readily be based on information that the police services acquired in their law enforcement role. In the circumstances of this case, the opinions clearly reflected information obtained as police officers, and as residents in the community.

(2) Was the Crown Obligated to Disclose the Annotated Jury Panel Lists?

[59] The Crown should have disclosed the notations on the jury panel lists. The inquiry conducted by the court officers produced numerous items of information regarding relationships in Cobourg and the surrounding area that reasonably might have assisted the accused in the jury selection process. In light of the broad nature of the inquiry conducted by the court officers, the numerous notations for which no basis was disclosed, and the fact that information obtained in the course of police activity may have played a role in the formation of the bald opinions provided, the Crown ought to have erred on the side of caution and disclosed the annotated jury lists to the defence.

<sup>6</sup> Some specific factual notations, such as "cmlpt. in two thefts", and "no (witness in [B] case)", make it clear that officers relied upon police information.

opinions personnelles. Toutefois, ces annotations étaient manifestement plus que des opinions personnelles. Les opinions exprimées représentaient davantage que les impressions et les vues personnelles des policiers désignés, et elles ne reposaient pas uniquement sur leurs interactions avec les candidats jurés concernés, ou sur la réputation de ceux-ci au sein de la communauté. En fait, un certain nombre d'annotations précises étaient de toute évidence basées sur des renseignements policiers<sup>6</sup>. De plus, les policiers désignés ont décidé de consulter d'autres agents de police. L'opinion d'un service de police sur l'« aptitude » d'un candidat juré, y compris sur [TRADUCTION] « l'existence d'un risque de partialité en faveur ou à l'encontre de la Couronne » (d.a., vol. I, p. 37), peut facilement être fondée sur des renseignements recueillis par des policiers dans le cadre d'activités d'application de la loi. Dans les circonstances de l'espèce, les opinions reflétaient clairement des renseignements obtenus à titre de policiers et à titre de résidents de la communauté.

(2) La Couronne avait-elle l'obligation de communiquer les tableaux des jurés annotés?

[59] La Couronne aurait dû communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés. Les consultations effectuées par les policiers désignés ont permis de recueillir de nombreux éléments d'information au sujet de l'existence à Cobourg et dans les environs de liens qui, il est raisonnable de croire, auraient pu aider l'accusé dans le processus de sélection du jury. Compte tenu des consultations étendues menées par les policiers désignés, des nombreuses annotations dont le fondement n'était pas communiqué et du fait que des renseignements obtenus dans le cours d'activités policières ont pu influencer les opinions laconiques formulées, la Couronne aurait dû pécher par excès de prudence et communiquer à la défense les tableaux des jurés annotés.

<sup>6</sup> Il ressort clairement de certaines annotations factuelles telles que [TRADUCTION] « plaignant dans deux vols » et « non (témoin dans l'affaire [B]) » que les policiers désignés se sont appuyés sur des renseignements policiers.

(3) Did the Failure to Disclose Render the Trial Unfair?

[60] The appellant submits that the failure to disclose the notations involving three jurors violated his right to a fair trial. Given the scarcity of information usually provided about jurors, the defence says that the value of the officers' opinions in making challenge decisions was significant. Here, the defence argues that it would have used its peremptory challenges differently. Specifically, there was a reasonable possibility that, had the defence had access to the annotated jury panel lists, they would have challenged the two jurors with "good" and "ok", as they would have recognized that a positive notation tended to be associated with a positive relationship with police and — in a trial involving the killing of a police officer — tended to suggest that a prospective juror was partial to the Crown.

[61] The appellant relies on *Hobbs*, for the proposition that a new trial is warranted where there is a reasonable possibility that the accused would have used his challenges differently, leading to a jury that may have been differently constituted.

[62] In *Hobbs*, the lead investigator verified the names on the jury list against two different state databases. The Crown conceded in that case that there was a reasonable possibility that the defence would have exercised its peremptory challenges differently in two instances if it had had the undisclosed information. The Nova Scotia Court of Appeal found that the jury would have been differently constituted.

[63] Here, the Court of Appeal found that it was speculative "that the accused might possibly have exercised his peremptory challenges in a different way" (para. 33). Rosenberg J.A. concluded that he was unable to draw the inference that the jury would have been differently constituted in this case. Further, in determining that there was no appearance of unfairness, he found that the composition of the jury that tried the appellant's

(3) L'omission de communiquer les tableaux annotés a-t-elle rendu le procès inéquitable?

[60] L'appellant prétend que l'omission de communiquer les annotations concernant trois jurés a violé son droit à un procès équitable. En raison du peu de renseignements habituellement fournis à propos des jurés, la défense affirme que l'opinion des policiers désignés avait une valeur considérable en vue de la prise des décisions relatives aux récusations. En l'espèce, la défense prétend qu'elle aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires. Plus précisément, il existe selon elle une possibilité raisonnable que, si elle avait eu accès aux tableaux des jurés annotés, elle aurait récusé péremptoirement les deux jurés qualifiés de « bon » et « ok », car elle aurait constaté qu'une annotation positive tendait à être associée à des rapports positifs avec la police et — dans un procès portant sur le meurtre d'un agent de police — tendait à suggérer qu'un candidat juré était partial en faveur de la Couronne.

[61] L'appellant invoque l'arrêt *Hobbs* au soutien de l'argument selon lequel un nouveau procès est justifié dans les cas où il existe une possibilité raisonnable que l'accusé aurait utilisé différemment les récusations dont il dispose et où le jury aurait pu, en conséquence, être constitué différemment.

[62] Dans *Hobbs*, l'enquêteur principal a contrôlé les noms figurant sur le tableau des jurés en consultant deux bases de données étatiques. Dans cette affaire, la Couronne a reconnu qu'il existait une possibilité raisonnable que la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires à l'égard de deux candidats, si elle avait disposé des renseignements non communiqués. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le jury aurait été constitué différemment.

[63] En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « l'accusé aurait peut-être exercé de manière différente ses récusations péremptoires » (par. 33) relevait de la conjecture. Le juge Rosenberg a estimé qu'il n'était pas en mesure d'inférer que le jury aurait été constitué différemment dans la présente affaire. De surcroît, en décidant qu'il n'y avait pas apparence d'iniquité, il a conclu que la composition du jury qui

case would not raise a reasonable apprehension of bias.

[64] The Court of Appeal dealt with this issue as a court of first instance. It had the benefit of hindsight and the record created by the extensive pre-screening and challenges for cause that took place in this case. Its findings of fact deserve deference: see *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 36.

[65] For the reasons that follow, I am satisfied that the Court of Appeal did not err in principle and it was open to the court to find that there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted.

(a) *The Nature of the Notations Regarding the Jurors Selected*

[66] The appellant's submissions are premised upon the argument that there was a tendency for the police to make positive notations for individuals who had positive relationships with the police and thus were partial to the prosecution. The record does not support the inference that a positive notation meant a close relationship with the police.

[67] First, the proposition that a positive notation tended to indicate a relationship with the police was true for only a small percentage of those who had a positive notation. Of the 51 positive opinions with no other information, the pre-screening process disclosed that only 11 were associated with a police/corrections relationship (most of those were of a general nature, including people who knew the deceased officer and/or his family). Of the 45 people who disclosed a police/corrections relationship in the pre-screening process, only 10 had positive notations (one was negative and two were queries).

a jugé l'appelant ne soulèverait aucune crainte raisonnable de partialité.

[64] La Cour d'appel a examiné cette question comme un tribunal de première instance. Elle a eu l'avantage de pouvoir le faire avec du recul et de disposer du dossier résultant de l'imposant processus de présélection et des récusations motivées auxquels a donné lieu cette affaire. Les conclusions de fait de la Cour d'appel commandent la déférence : voir *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 36.

[65] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de principe et qu'il lui était loisible de conclure à l'absence de possibilité raisonnable que le jury aurait pu être constitué différemment.

a) *Nature des annotations concernant les jurés choisis*

[66] Les prétentions de l'appelant reposent sur l'argument que les policiers tendaient à inscrire des annotations favorables au sujet des personnes qui avaient de bonnes relations avec la police et qui, de ce fait, étaient partiales envers la poursuite. Le dossier ne permet pas de conclure qu'une annotation favorable était synonyme de liens étroits avec la police.

[67] Premièrement, l'argument selon lequel une annotation favorable tendait à indiquer l'existence de liens avec la police n'était vrai que pour un faible pourcentage des personnes ayant fait l'objet d'une telle annotation. Dans le cas des 51 opinions favorables ne comportant aucun renseignement additionnel, le processus de présélection a révélé que seulement 11 des personnes concernées avaient des liens avec les services policiers ou correctionnels (dans la plupart des cas, il s'agissait de personnes ayant des liens de nature générale, notamment des personnes qui connaissaient le policier décédé, des membres de sa famille ou les deux). Des 45 personnes qui ont signalé l'existence de liens avec les services policiers ou correctionnels lors du processus de présélection, seulement 10 avaient fait l'objet d'annotations favorables (une d'annotation défavorable et deux de questions).

[68] Second, all prospective jurors were asked by the judge in the pre-screening process to disclose any general or specific relationship with the police or corrections. Juror 7 (“ok”) and juror 8 (“good”) did not disclose any such relationship. In many cases, specific information noted by police on the jury list was ultimately mentioned by the prospective jurors in court during the pre-screening process. The extensive pre-screening process and the challenge for cause eliminated any concern that “good” or “ok” meant a prospective juror had a relationship with police.

[69] Finally, in consulting with the three local police services, the Crown asked for the court officers’ opinions about the “suitability” of prospective jurors, including partiality for or against the Crown. In that context, a positive indication of suitability implies no partiality for either party.

[70] As a result, I agree with the Court of Appeal that a positive notation did not mean that a juror was partial towards the Crown or had a close relationship with police; or that a negative notation meant partiality towards the accused. For all these reasons, it was open to the court to find that neither defence counsel nor an informed member of the public would be concerned that there was a reasonable possibility that jurors with positive notations who made it through the pre-screening and challenge for cause were partial towards the Crown.

(b) *Impact on the Defence’s Peremptory Challenges*

[71] Although two of the jurors were noted as “good” and “ok”, those notations obviously had little value, as the Crown placed little reliance on the notations in exercising its peremptory challenges. Even with access to the annotated list, defence counsel would have observed Crown counsel challenge a prospective juror with a “good”

[68] Deuxièmement, à l’occasion du processus de présélection, le juge a demandé à tous les candidats jurés de révéler tout lien de nature générale ou particulière avec les services policiers ou correctionnels. Les jurés 7 (« ok ») et 8 (« bon ») n’ont pas signalé l’existence de tels liens. Dans de nombreux cas, des renseignements précis inscrits par la police sur le tableau des jurés ont en définitive été mentionnés en cour par les candidats jurés concernés durant le processus de présélection. L’imposant processus de présélection ainsi que les récusations motivées ont permis d’éliminer toute crainte que les annotations « bon » ou « ok » signifiaient qu’un candidat juré avait des liens avec la police.

[69] Enfin, lorsqu’elle a consulté les trois services de police régionaux, la Couronne a sollicité l’opinion des policiers désignés au sujet de l’« aptitude » des candidats jurés, y compris leur partialité en faveur ou à l’encontre de la Couronne. Dans ce contexte, une indication favorable quant à l’aptitude implique une absence de partialité en faveur de l’une ou l’autre des parties.

[70] Par conséquent, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour conclure qu’une annotation favorable ne signifiait pas que le juré concerné était partial envers la Couronne ou entretenait des liens étroits avec la police, ou encore qu’une annotation défavorable était synonyme de partialité envers l’accusé. Pour toutes ces raisons, il était loisible à la Cour de conclure que ni l’avocat de la défense ni un membre informé du public ne penseraient qu’il existe une possibilité raisonnable que les jurés ayant fait l’objet d’annotations favorables et ayant franchi l’étape de la présélection et des récusations motivées étaient partiaux envers la Couronne.

(b) *Incidence sur les récusations péremptoires de la défense*

[71] Bien que deux jurés aient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement, ces mentions avaient manifestement peu de valeur, car la Couronne ne leur a pas accordé beaucoup de crédit en utilisant ses récusations péremptoires. Même si l’avocat de la défense avait disposé du tableau annoté, il aurait observé le procureur de la

notation and allow a prospective juror with a “no” notation to become a juror, before the two jurors with “good” and “ok” went unchallenged. As noted in the evidence of Crown counsel, the pre-screening process allowed counsel to assess some prospective jurors based upon their responses in court. Thus, it was open to the Court of Appeal to find that defence counsel would have understood the notations to be of very little value.

[72] Further, the defence had five challenges left at the end of jury selection, which indicates that, in light of the extensive disclosure provided in pre-screening and during the challenge for cause, they were satisfied with the jury selected. In these circumstances, the bald opinions “good” and “ok” were superseded by the extensive pre-screening done with the trial judge, and the information it disclosed about the prospective jurors.

[73] In conclusion, it was open to the Court of Appeal to find on this record that there was no reasonable possibility that defence counsel would have exercised its peremptory challenges differently, and that the jury would have been the same had the comments been disclosed. This finding is entitled to deference. As a result, I am unable to find that there is a reasonable possibility that the defence was prejudiced or the trial was unfair.

#### D. *Appearance of Unfairness*

[74] Where no actual prejudice has been demonstrated, in order to warrant a new trial the appearance of unfairness must be pronounced, such that it would be a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. In determining whether the conduct reaches the level of a miscarriage of justice, “[w]e must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole

Couronne récuser un candidat juré ayant fait l'objet de la mention « bon » et accepter comme juré un candidat ayant reçu la mention « non », avant que les deux jurés qualifiés de « bon » et « ok » échappent à toute récusation. Comme il a été souligné dans le témoignage du procureur de la Couronne, le processus de présélection a permis aux avocats d'évaluer certains candidats jurés en fonction des réponses qu'ils ont données en salle d'audience. Par conséquent, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que l'avocat de la défense aurait constaté que les annotations avaient très peu de valeur.

[72] Qui plus est, la défense disposait encore de cinq récusations péremptoires au terme de la sélection du jury, situation qui indique que, compte tenu de l'information considérable communiquée durant la présélection et l'étape des récusations motivées, la défense était satisfaite du jury choisi. Dans ces circonstances, les mentions laconiques « bon » et « ok » ont été supplantées par l'imposante présélection effectuée avec le juge du procès et par les renseignements que cette procédure a permis de connaître à propos des candidats jurés.

[73] En conclusion, il était loisible à la Cour d'appel, à la lumière du présent dossier, de conclure qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que l'avocat de la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires, et que le jury aurait été identique même si les commentaires avaient été communiqués. Cette conclusion commande la déférence. Par conséquent, je ne peux conclure qu'il existe une possibilité raisonnable que la défense ait subi un préjudice ou que le procès ait été inéquitable.

#### D. *Apparence d'iniquité*

[74] Dans les cas où aucun préjudice concret n'a été démontré, pour que la tenue d'un nouveau procès soit justifiée, il faut être en présence d'une apparence marquée d'iniquité, qui constituerait une ingérence grave dans l'administration de la justice et porterait atteinte au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté. Pour déterminer si le comportement reproché constitue une erreur judiciaire, « [n]ous devons nous demander si une

of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so”: *Khan, per LeBel J.*, at para. 73.

[75] The appellant contends that an appearance of unfairness sufficient to give rise to a miscarriage of justice arose in this case due to the informational imbalance in favour of the Crown, an appearance of bias on the part of the jury, and the Crown’s violation of provincial statutes.

(1) Informational Imbalance in Favour of the Crown

[76] In this case, two of the jurors ultimately selected were noted as “good” and “ok” by the police services serving Cobourg and its surrounding areas. However, those notations obviously had little value, as the factual basis for the opinion was not provided. That the notations had little impact on the jury selection process is further evident in the fact that Crown counsel placed little reliance on the notations in exercising its peremptory challenges, challenging a juror with a positive notation and not challenging another with a negative notation.

(2) Apprehension of Bias

[77] For the reasons outlined above, an informed member of the public would be satisfied that the extensive in-court vetting process removed anyone with a connection or any partiality to the Crown. All those with a police or corrections relationship were asked to identify themselves. Large numbers of potential jurors who disclosed relationships with police, corrections, witnesses or the defence were excused by the trial judge. The extensive pre-screening process and the challenge for cause eliminated any concern that “good” or “ok” meant a prospective juror was partial to the Crown.

personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l’ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable » : *Khan, le juge LeBel*, par. 73.

[75] L’appelant soutient qu’il existe en l’espèce une apparence d’iniquité suffisante pour entraîner une erreur judiciaire en raison du déséquilibre informationnel en faveur de la Couronne, d’une apparence de partialité du jury et de la violation de lois provinciales par la Couronne.

(1) Le déséquilibre informationnel en faveur de la Couronne

[76] Dans la présente affaire, deux des jurés qui ont finalement été choisis avaient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement par les services de police desservant Cobourg et les environs. Toutefois, ces annotations avaient manifestement peu de valeur, car les assises factuelles de ces opinions n’étaient pas précisées. Le bien-fondé de la conclusion selon laquelle les annotations ont eu peu d’incidence sur le processus de sélection du jury est étayé en outre par le fait que le procureur de la Couronne ne leur a pas accordé beaucoup de crédit lorsqu’il a utilisé ses récusations péremptoires, puisqu’il a récusé un candidat juré ayant fait l’objet d’une annotation favorable mais n’en a pas récusé un autre dont l’annotation était défavorable.

(2) La crainte de partialité

[77] Pour les raisons exposées précédemment, un membre bien renseigné du public serait convaincu que l’imposant processus d’évaluation mené en salle d’audience a permis d’éliminer toute personne ayant des liens avec la Couronne ou partielle envers celle-ci. On a demandé à toutes les personnes ayant des liens avec les services policiers ou correctionnels de le signaler. Un grand nombre de candidats jurés qui ont signalé de tels liens avec la police ou les services correctionnels, avec des témoins ou encore avec la défense ont été dispensés par le juge du procès. Cet imposant processus de présélection ainsi que les récusations motivées ont dissipé toute inquiétude que les mentions « bon » ou « ok » signifiaient qu’un candidat juré était partial envers la Couronne.

[78] Further, an observer would also be aware that Crown counsel in this case demonstrated sensitivity to any hint of partiality against the accused. Crown counsel had a relative of the deceased removed from the jury list and disclosed the potential bias of one of the jurors, earning commendation for his professionalism from both the trial judge and experienced defence counsel. While the Crown's failure to disclose the annotated jury lists was serious and must not be repeated, it was not motivated by improper purposes, such as an attempt to secure a jury favourable to the Crown.

(3) Infringement of Provincial Legislation

(a) *Juries Act*

[79] The appellant submits that the unfairness in this case is highlighted by the fact that the Crown violated s. 20 of the *Juries Act*, which is intended to ensure that the parties have equal access to information.

[80] Section 20 of the *Juries Act* provides that the sheriff must keep the jury roll “under lock and key . . . until ten days before the sittings of the court”. The Crown Attorney does not administer the Act. The Ministry staff manages jury administration on behalf of the Ontario Superior Court of Justice.

[81] The trial was scheduled to commence January 8, 2007. The Crown received the list early, on December 18, 2006. The parties have agreed that “[i]t was not policy for the Cobourg Crown’s office to obtain the list outside the 10-day period, nor did the Crown ask for the list outside the period in this case. The list was simply sent to their office early. It is reasonable to infer that the Christmas holidays may have impacted the timing of the release of the list in this case”: A.R., vol. I, at p. 35. The defence also received the list early.

[78] De plus, un observateur aurait également constaté que, en l’espèce, le procureur de la Couronne a été sensible à tout indice de partialité à l’encontre de l’accusé. Il a fait retirer un parent du défunt du tableau des jurés, en plus de signaler la possible partialité d’un juré, s’attirant ainsi des éloges pour son professionnalisme, et ce, tant de la part du juge du procès que du procureur de la défense, un avocat expérimenté. Bien que le défaut de la Couronne de communiquer les tableaux des jurés annotés ait constitué une omission grave, qui ne doit pas se reproduire, cette omission n’était pas motivée par des fins illégitimes, telle une tentative d’obtenir un jury qui lui serait favorable.

(3) La violation des lois provinciales

a) *La Loi sur les jurys*

[79] L’appelant prétend que, dans la présente affaire, l’iniquité du procès ressort du fait que la Couronne a violé l’art. 20 de la *Loi sur les jurys*, lequel vise à garantir aux parties l’égalité d’accès à l’information.

[80] L’article 20 de la *Loi sur les jurys* précise que le shérif doit tenir la liste des jurés « sous clef [. . .] [et ne doit pas la communiquer] avant les dix jours précédant la session ». Le procureur de la Couronne n’est pas chargé de l’application de cette loi. C’est le personnel du ministère qui gère les aspects administratifs du système des jurys pour le compte de la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

[81] Le procès devait commencer le 8 janvier 2007. La Couronne a reçu la liste hâtivement, le 18 décembre 2006. Les parties se sont accordées pour dire que [TRADUCTION] « [l]e bureau des procureurs de la Couronne de Cobourg n’avait pas l’habitude d’obtenir la liste avant les 10 jours précédant la session, et il n’a pas demandé en l’espèce qu’on la lui remette en dehors de cette période. La liste lui a tout simplement été envoyée prématurément. Il est raisonnable d’inférer que les vacances de Noël ont pu influencer sur le moment de l’envoi de la liste dans la présente affaire » : d.a., vol. I, p. 35. La défense a elle aussi reçu la liste prématurément.

[82] I agree with the Court of Appeal that there was no evidence that the Crown obtained an unfair advantage by reason of the early release of the list. There is no evidence that the Crown used the extra time for additional investigation.

(b) *Privacy Violation*

[83] The appellant says that the consultation process violated the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, and the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56. I agree with the Court of Appeal's conclusion: "... the appellant has not articulated how the alleged violation of this provincial legislation undermined the fairness of his trial and, in particular, how alleged violations of the privacy rights of others (the potential jurors) affected his right to a fair trial" (para. 29).

(4) Conclusion on Appearance of Unfairness

[84] In the context of jury selection, the fundamental goal of Crown disclosure is to ensure that the accused has access to relevant information known to the Crown and the police. This Court recognized in *Bain* that where the Crown has additional power over the defence in the jury selection process, an appearance of unfairness is created (p. 104). Jury vetting is a practice that risks undermining the personal privacy of prospective jurors, our jury system, and the administration of criminal justice.

[85] The Crown had recourse to law enforcement resources that were not available and not disclosed to the defence. This created an imbalance, particularly in a case where the victim was a police officer. It was inappropriate for the Crown to broadly canvass police services for comment on prospective jurors. This conduct should not be repeated.

[82] À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'aucune preuve n'indique que la Couronne a obtenu un avantage injuste du fait de la communication prématurée de la liste. Il n'y a aucune preuve que la Couronne a utilisé la période supplémentaire dont elle a bénéficié pour effectuer des recherches additionnelles.

b) *La violation du droit à la vie privée*

[83] L'appelant affirme que le processus de consultation a violé la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, et la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56. Je fais mienne la conclusion suivante de la Cour d'appel : [TRADUCTION] « ... l'appelant n'a pas expliqué comment la prétendue violation de ces lois provinciales a compromis l'équité de son procès et, en particulier, comment les prétendues violations du droit à la vie privée d'autres personnes (les candidats jurés) ont porté atteinte à son droit à un procès équitable » (par. 29).

(4) Conclusion sur l'apparence d'iniquité

[84] Dans le contexte de la sélection du jury, l'objectif fondamental de l'obligation de communication de la Couronne est de faire en sorte que l'accusé ait accès à l'information pertinente connue des policiers et de la Couronne. Dans l'arrêt *Bain*, la Cour a reconnu que, lorsque la Couronne dispose de pouvoirs supérieurs à ceux de la défense dans le processus de sélection du jury, une telle situation crée une apparence d'iniquité (p. 104). L'évaluation des jurés est une pratique qui risque de porter atteinte au droit à la vie privée des candidats jurés, à notre système de jury et à l'administration de la justice pénale.

[85] La Couronne a eu recours à des ressources policières auxquelles la défense n'avait pas accès et dont les fruits n'ont pas été communiqués à cette dernière. Cette situation a créé un déséquilibre, particulièrement dans une instance où la victime était un policier. Il était inacceptable que la Couronne sonde aussi largement l'opinion des services de police au sujet des candidats jurés. Une telle conduite ne doit pas se reproduire.

[86] On the other hand, the police services clearly understood that state databases were not to be searched, and no investigation was conducted. The usefulness of the bald opinions was limited. Crown counsel was not motivated by improper purposes, and was diligent in twice disclosing information that might suggest partiality against the defence. The defence also conducted its own consultation with local residents. The pre-screening process, conducted by the trial judge in the presence of counsel, provided a much more detailed disclosure of useful information than that which was contained on the annotated jury list.

[87] For these reasons, I do not think that a reasonable person would see the circumstances of this case as rising to the level of either risk of a partial jury or unfairness of the trial. The Crown's request for the police opinions and the failure to disclose those opinions were not so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. There was no appearance of unfairness that would shake the public's confidence in the administration of justice.

[88] The appellant had a fair trial and there was no miscarriage of justice. I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

[86] Par ailleurs, les services de police comprenaient clairement que les bases de données de l'État ne devaient pas être consultées, et aucune enquête n'a été effectuée. Les opinions laconiques fournies n'avaient qu'une utilité limitée. Le procureur de la Couronne n'était pas motivé par des fins illégitimes et, à deux occasions, il a fait montre de diligence en communiquant des renseignements susceptibles de constituer des indices de partialité contre la défense. Cette dernière a elle aussi effectué sa propre consultation auprès de résidents de la région. Le processus de présélection mené par le juge du procès en présence des avocats a permis d'obtenir des renseignements beaucoup plus détaillés et utiles que ceux figurant sur le tableau des jurés annoté.

[87] Pour les motifs qui précèdent, je ne crois pas qu'une personne raisonnable considérerait que les circonstances de l'espèce ont fait naître un risque de partialité du jury ou d'iniquité du procès. La demande de la Couronne afin d'obtenir l'opinion des policiers et son omission de communiquer les opinions ainsi obtenues n'ont pas porté une atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que le procès devrait être annulé pour cause d'erreur judiciaire. Il n'y a eu aucune apparence d'iniquité qui ébranlerait la confiance de la population dans l'administration de la justice.

[88] L'appelant a subi un procès équitable et il n'y a eu aucune erreur judiciaire. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*