

Ibrahim Yumnu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

- and -

Vinicio Cardoso *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

- and -

Tung Chi Duong *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ibrahim Yumnu *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, 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*

- et -

Vinicio Cardoso *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, 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*

- et -

Tung Chi Duong *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Attorney General of Alberta, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Ontario Crown Attorneys' Association, Information and Privacy Commissioner of Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights and Criminal Lawyers' Association *Interveners*

Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, 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*

INDEXED AS: R. v. YUMNU

2012 SCC 73

File Nos.: 34090, 34091, 34340.

2012: March 14 and 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 — Appellants convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — 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.

Following a trial in Barrie, Ontario, each of the appellants was convicted of two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder. They appealed from their convictions, raising grounds relating to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. While the appeals were under reserve, the appellants became aware of a “jury vetting” practice in the Barrie area, consisting of inquiries conducted by the police, at the behest of the Crown Attorney's office, as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise “disreputable persons” who would be undesirable as jurors. It was

RÉPERTORIÉ : R. c. YUMNU

2012 CSC 73

N^{os} du greffe : 34090, 34091, 34340.

2012 : 14 et 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 — Appellants déclarés coupables de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-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?

À la suite d'un procès instruit à Barrie, en Ontario, chacun des appelants a été déclaré coupable sur deux chefs de meurtre au premier degré et sur deux chefs de complot en vue de commettre un meurtre. Ils ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité, faisant valoir des moyens fondés sur le caractère adéquat de l'exposé du juge du procès au jury. Alors que les appels étaient en délibéré, les appelants ont pris connaissance d'une pratique d'« évaluation des candidats jurés » ayant cours dans la région de Barrie, qui consistait en des vérifications effectuées par la police, à la demande du bureau des procureurs de la Couronne, pour savoir

ascertained that in the present case, vetting of the jury lists by the police in response to the Crown's request netted information about 10 individuals who remained in the pool of prospective jurors at the peremptory challenge stage of the proceedings. None of this information was shared with the defence. The appeals were reopened to consider evidence and arguments concerning the propriety of the vetting practice and its impact on the appellants' trial. The Court of Appeal dismissed all three appeals. With respect to the ground of appeal related to jury vetting, the Court of Appeal found that the Crown had failed to disclose information obtained from the jury vetting process that might have assisted the appellants in the exercise of their peremptory challenges, but it was not satisfied that the appellants suffered any prejudice from the Crown's failure to meet its disclosure obligations. The Court of Appeal held that there was no basis to conclude that the Crown's failure to disclose caused actual unfairness in the peremptory challenge process, or that the jury vetting practice created an appearance of unfairness.

Held: The appeals should be dismissed.

Jury vetting by the Crown and police gives rise to a number of concerns. First is the prospect of the Crown and police joining forces to obtain a jury favourable to their cause. Second is the fundamental precept of our justice system that "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". Third is juror privacy. There are, however, countervailing interests at play that warrant some limited checking and some minimal intrusions into the private lives of potential jurors. Only those persons eligible to serve as jurors should be permitted to participate in the process. Under provincial statutes and the *Criminal Code*, a potential juror's criminal antecedents, and in some provinces his or her pending charges, may render that person ineligible for jury duty or result in his or her removal from the jury pool following a successful challenge for cause. Self-reporting is one way of screening potential jurors, but it has proved to be less than satisfactory. Accordingly, absent legislation to the contrary, the authorities should be permitted to do criminal record checks on potential jurors to determine whether they are eligible to serve as jurors. In addition, in those provinces where the eligibility criteria cover persons who have been charged with a criminal offence, this

si les candidats jurés avaient un casier judiciaire ou s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » dont le ministère public ne voudrait pas comme jurés. Il a été déterminé que l'évaluation des tableaux des jurés effectuée en l'espèce par la police en réponse à la demande de la Couronne avait permis d'obtenir des renseignements au sujet de 10 personnes qui demeureraient inscrites au tableau des candidats jurés à l'étape des récusations péremptoires du processus. Ces renseignements n'ont pas été communiqués à la défense. Les appels ont été rouverts pour que soient examinés des éléments de preuve et des arguments concernant la légitimité de la pratique de l'évaluation et son incidence sur le procès des appelants. La Cour d'appel a rejeté les trois appels. Quant au moyen d'appel fondé sur l'évaluation, elle a conclu que le ministère public avait omis de communiquer des renseignements, obtenus lors de l'évaluation des candidats jurés, qui auraient pu aider les appelants à exercer leur droit de récusation péremptoire, mais elle n'était pas convaincue que les appelants avaient subi un préjudice du fait que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication. Selon la Cour d'appel, il n'y avait pas de raison de conclure que l'omission du ministère public de communiquer des renseignements avait entraîné l'iniquité du processus de récusation péremptoire ou que la pratique de l'évaluation des candidats jurés créait une apparence d'iniquité.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'évaluation des candidats jurés par le ministère public et la police suscite certaines préoccupations. Premièrement, il y a la perspective que le ministère public et la police unissent leurs efforts afin d'obtenir un jury favorable à leur cause. Deuxièmement, il y a le précepte fondamental de notre système de justice selon lequel « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue ». Troisièmement, il y a la vie privée des jurés. Cependant, des intérêts opposés entrent en jeu et justifient quelques vérifications limitées et une intrusion minime dans la vie privée des candidats jurés. Seules les personnes habiles à remplir les fonctions de juré devraient être autorisées à participer au processus. Aux termes de lois provinciales et du *Code criminel*, les antécédents criminels d'un candidat juré — et, dans certaines provinces, les accusations qui pèsent contre lui — peuvent le rendre inhabile à remplir les fonctions de juré ou entraîner son retrait du bassin des candidats jurés par suite d'une récusation motivée. La déclaration volontaire est une manière d'écartier des candidats jurés, mais elle ne s'est pas révélée très satisfaisante. Par conséquent, sauf disposition contraire de la loi, les autorités devraient pouvoir vérifier le casier

is also something the authorities may properly check for. It is thus permissible for the Crown, with the assistance of the police, to do limited background checks using multiple police databases to identify potential jurors who, by virtue of their criminal conduct, are not eligible for jury duty. The imbalance resulting from the defence's inability to conduct such searches is overcome by the disclosure obligations placed on the Crown. Information received by the Crown that is relevant to the jury selection process must be turned over to the defence, thereby restoring the balance. In return, defence counsel, as officers of the court, must make disclosure to both the court and Crown counsel where they know or have good reason to believe that a potential juror has engaged in criminal conduct that renders him or her ineligible for jury duty or cannot serve on a particular case due to matters of obvious partiality.

When it is discovered at the appeal stage that information about prospective jurors which should have been disclosed at trial was not disclosed, persons who seek a new trial on the basis that this non-disclosure of information deprived them of their s. 7 *Charter* right to a fair trial must, at a minimum, establish that (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. In addition to these two steps, in the event the jury would have been differently constituted, it may be that the Crown should then have the opportunity to show, on balance, that the jury was nonetheless impartial.

With respect to the appearance of unfairness, there must be conduct on the part of the Crown and the police, within and surrounding the jury selection process, that would constitute a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. When conduct of that nature is found to exist, it matters not that the accused may otherwise have had a fair trial; nor is it necessary to find that the accused may have been wrongfully convicted. It is the conduct itself that gives rise to a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered.

judiciaire des candidats jurés afin de déterminer s'ils sont habiles à remplir les fonctions de juré. En outre, dans les provinces où les critères d'admissibilité visent les personnes qui ont été accusées d'une infraction criminelle, les autorités peuvent également vérifier ce fait à juste titre. Le ministère public est donc autorisé à effectuer, avec l'aide de la police, des vérifications limitées des antécédents au moyen de multiples bases de données de cette dernière afin d'identifier les candidats jurés qui, en raison de leur conduite criminelle, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré. Tout déséquilibre engendré par l'impossibilité pour la défense de procéder à pareilles vérifications est compensé par les obligations de communication qui incombent au ministère public. Les renseignements reçus par le ministère public qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés doivent être transmis à la défense, ce qui rétablit l'équilibre. Pour sa part, l'avocat de la défense, en tant qu'auxiliaire judiciaire, communique les renseignements qu'il détient à la cour ainsi qu'au ministère public s'il sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré s'est livré à des activités criminelles qui le rendent inhabile à remplir les fonctions de juré ou ne peut siéger à l'instruction d'un procès donné pour des raisons de partialité évidente.

Lorsqu'on découvre à l'étape de l'appel que des renseignements concernant des candidats jurés n'ont pas été communiqués lors du procès alors qu'ils auraient dû l'être, ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent établir, à tout le moins, (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment. Outre ces deux étapes, dans l'éventualité où le jury aurait été composé différemment, le ministère public se verrait alors accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a néanmoins été impartial.

Quant à l'apparence d'iniquité, il faut de la part du ministère public et de la police une conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, qui constituerait une entrave sérieuse à l'administration de la justice et heurterait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Lorsque les tribunaux concluent à l'existence d'une telle conduite, il importe peu que l'accusé ait subi un procès équitable; il n'est pas non plus nécessaire qu'ils concluent que l'accusé a été déclaré coupable à tort. C'est la conduite même qui est à l'origine de l'erreur judiciaire et qui commande la tenue d'un nouveau procès.

In the case at bar, the Court of Appeal acted as a court of first instance in respect of the jury vetting issue. In these circumstances, its findings, like those of a trial court, are entitled to deference. On the issue of trial fairness, there is no basis for interfering with the findings of the Court of Appeal on the impact — or the lack of impact — that the jury vetting practice had on the jury selection process. Although the Crown failed in its disclosure obligations, as found by the Court of Appeal, there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had the pertinent information obtained from the vetting process been disclosed. The appellants received a fair trial by an impartial jury.

As for the appearance of unfairness and the suggestion that the verdicts are the product of a miscarriage of justice, although aspects of the Crown's conduct were improper and should not be repeated, what occurred here did not constitute a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. The record checks were carried out in good faith and there was no attempt on the part of the police or the Crown to obtain a favourable jury. There is no basis for ordering a new trial.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828.

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(1), 632(a) to (c), 633, 634, 635, 638(1)(a) to (f).
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 4(b) [am. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(1)], 18.2 [ad. *idem*, s. 38(2)], 20.
Juries Act, S.N.S. 1998, c. 16, s. 4(c).
Jurors Act, R.S.Q., c. J-2, s. 4(j).
Jury Act, C.C.S.M. c. J30, s. 3(p), (r).
Jury Act, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 4(h)(ii).
Jury Act, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(q).
Jury Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 5(a).
Jury Act, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. J-2, s. 5(a).
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5.1, s. 5(i).
Jury Act, R.S.Y. 2002, c. 129, s. 5(a), (b).
Jury Act, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 3(r).

En l'espèce, la Cour d'appel a agi comme un tribunal de première instance relativement à la question de l'évaluation des candidats jurés. Dans ce contexte, ses conclusions, à l'instar de celles d'un tribunal de première instance, commandent la déférence. En ce qui concerne l'équité du procès, il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de la Cour d'appel relatives à l'incidence — ou à l'absence d'incidence — que l'évaluation des candidats jurés a eue sur le processus de sélection des jurés. Bien que le ministère public ait manqué à ses obligations de communication, il n'existait, selon la Cour d'appel, aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si les renseignements pertinents issus de l'évaluation avaient été fournis à la défense. Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial.

Quant à l'apparence d'iniquité et à l'argument selon lequel les verdicts sont le fruit d'une erreur judiciaire, bien que certains aspects de la conduite du ministère public étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés, ce qui s'est passé en l'espèce ne constituait pas une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni ne heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire. La vérification des dossiers a été menée de bonne foi et ni la police ni le ministère public n'ont tenté d'obtenir un jury favorable. Il n'y a aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626(1), 632(a) à (c), 633, 634, 635, 638(1)(a) à (f).
Juries Act, S.N.S. 1998, ch. 16, art. 4e).
Jury Act, R.S.A. 2000, ch. J-3, art. 4h)(ii).
Jury Act, R.S.B.C. 1996, ch. 242, art. 3(1)(q).
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5.1, art. 5i).
Jury Act, 1991, S.N.L. 1991, ch. 16, art. 5m).
Loi de 1998 sur le jury, L.S. 1998, ch. J-4,2, art. 6h).
Loi sur le jury, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, art. 5a).
Loi sur le jury, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, ch. J-2, art. 5a).
Loi sur le jury, L.R.Y. 2002, ch. 129, art. 5a), b).
Loi sur les jurés, C.P.L.M. ch. J30, art. 3p), r).
Loi sur les jurés, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 3r).
Loi sur les jurés, L.R.Q., ch. J-2, art. 4j).

Jury Act, 1991, S.N.L. 1991, c. 16, s. 5(m).
Jury Act, 1998, S.S. 1998, c. J-4.2, s. 6(h).
 R.R.O. 1990, Reg. 680, Form 1.

Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147486159>).

Ontario. Information and Privacy Commissioner. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto: The Commissioner, 2009.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Gillese and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48, 260 C.C.C. (3d) 421, [2010] O.J. No. 4163 (QL), 2010 CarswellOnt 7383, upholding the convictions of the three accused for first degree murder and conspiracy to commit murder. Appeals dismissed.

Gregory Lafontaine, Vincenzo Rondinelli and Lori Anne Thomas, for the appellant Ibrahim Yumnu.

Catriona Verner and Kristin Bailey, for the appellant Vinicio Cardoso.

Timothy E. Breen, for the appellant Tung Chi Duong.

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 Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul J. J. Cavalluzzo and Shaun O'Brien, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 4b) [mod. 2009, ch. 33, ann. 2, art. 38(1)], 18.2 [aj. *idem*, art. 38(2)], 20.
 R.R.O. 1990, Règl. 680, formule 1.

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: L'Association, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_fl/pdf/codeofconduct.pdf).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147486157>).

Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto : Le Commissaire, 2009.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et Watt), 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48, 260 C.C.C. (3d) 421, [2010] O.J. No. 4163 (QL), 2010 CarswellOnt 7383, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les trois accusés pour meurtre au premier degré et complot en vue de commettre un meurtre. Pourvois rejetés.

Gregory Lafontaine, Vincenzo Rondinelli et Lori Anne Thomas, pour l'appellant Ibrahim Yumnu.

Catriona Verner et Kristin Bailey, pour l'appellant Vinicio Cardoso.

Timothy E. Breen, pour l'appellant Tung Chi Duong.

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

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

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

Paul J. J. Cavalluzzo et Shaun O'Brien, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' 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.

Maureen McGuire, for the intervener the Attorney General of Alberta (34340).

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] These appeals require the Court to decide whether it is permissible for the Crown, in conjunction with the police, to conduct background checks on prospective jurors through the use of police databases — and if so, to what extent and for what purposes.

[2] On December 22, 2005, following a nine-month trial before Stong J. of the Ontario Superior Court of Justice and a jury, each of the appellants — Ibrahim Yumnu, Vinicio Cardoso, and Tung Chi Duong — was convicted of two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder.

[3] All three appellants appealed from their convictions to the Ontario Court of Appeal. Their appeals were heard together on April 6 and 7, 2009 and on February 1, 2010. At the proceedings in April 2009, the appellants raised grounds of appeal relating to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. At the end of the hearing on April 7, the court reserved its judgment.

[4] Several months later, while the appeals remained under reserve, the appellants became aware of a “jury vetting” practice that the Crown

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.

Maureen McGuire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta (34340).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Pour trancher les présents pourvois, la Cour est appelée à déterminer si le ministère public est autorisé à vérifier, de concert avec la police, les antécédents des candidats jurés au moyen des bases de données de cette dernière — et, si oui, dans quelle mesure et à quelles fins.

[2] Le 22 décembre 2005, à la suite d'un procès de neuf mois devant le juge Stong de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et un jury, chacun des appelants — Ibrahim Yumnu, Vinicio Cardoso et Tung Chi Duong — a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et de deux chefs d'accusation de complot en vue de commettre un meurtre.

[3] Les trois appelants ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Leurs pourvois ont été entendus ensemble les 6 et 7 avril 2009 et le 1^{er} février 2010. Lors de l'audience tenue en avril 2009, les appelants ont fait valoir des moyens d'appel fondés sur le caractère adéquat de l'exposé du juge du procès au jury. À la fin de l'audience, le 7 avril, la cour a mis l'affaire en délibéré.

[4] Plusieurs mois plus tard, alors que les appels étaient toujours en délibéré, les appelants ont pris connaissance d'une pratique d'[TRADUCTION]

Attorney's office in Barrie, Ontario (the locale of the appellants' trial) and police forces throughout the Judicial District of Simcoe County (the geographic area from which the jurors were selected) had apparently been following for some years. The vetting consisted of inquiries conducted by the police, at the behest of the Crown Attorney's office, as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise "disreputable persons" who would be undesirable jurors.

[5] Once the widespread nature of this practice became known, inquiries were made and the appellants ordered transcripts of the jury selection process. The parties then produced a record, including affidavits upon which cross-examinations were conducted, and the appeals were reopened.

[6] On February 1, 2010, the Court of Appeal heard arguments concerning the propriety of the vetting practice, including: its impact on the jury selection process and the composition of the jury; its impact on trial fairness; and, more broadly, its impact on the integrity of the criminal justice system and the administration of justice as a whole.

[7] On October 5, 2010, the Court of Appeal (Weiler, Gillese and Watt J.J.A.) released comprehensive reasons for judgment dismissing all three appeals (2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48). Writing for the court, Watt J.A. concluded that certain features of the jury vetting process were inappropriate and should not be repeated. Other aspects were acceptable, subject to the Crown complying with its disclosure obligations.

[8] In accordance with a concession from the Crown on appeal, Watt J.A. found that the Crown at trial had failed to disclose information obtained from the jury vetting process that might have assisted the appellants in the exercise of their peremptory challenges. In the end, however, he was

« évaluation des candidats jurés » à laquelle se livraient apparemment le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, en Ontario (le lieu du procès des appelants), et les corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe (la zone géographique d'où sont issus les jurés) depuis plusieurs années. L'évaluation consistait en des vérifications effectuées par la police, à la demande du bureau des procureurs de la Couronne, pour savoir si les candidats jurés avaient un casier judiciaire ou s'il s'agissait de [TRADUCTION] « personnes peu recommandables » dont le ministère public ne voudrait pas comme jurés.

[5] Après avoir été mis au fait du caractère largement répandu de cette pratique, les appelants ont fait des vérifications et ont demandé la transcription du processus de sélection des jurés. Les parties ont ensuite produit un dossier, y compris des affidavits sur la base desquels des contre-interrogatoires ont été menés, et les appels ont été rouverts.

[6] Le 1^{er} février 2010, la Cour d'appel a entendu les plaidoiries des parties concernant la légitimité de la pratique de l'évaluation, notamment : son incidence sur le processus de sélection des jurés et la composition du jury; son incidence sur l'équité du procès; et, de façon plus générale, son incidence sur l'intégrité du système de justice pénale et l'administration de la justice dans son ensemble.

[7] Le 5 octobre 2010, la Cour d'appel (les juges Weiler, Gillese et Watt) a publié les motifs détaillés du jugement par lequel elle a rejeté les trois appels (2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48). S'exprimant au nom de la cour, le juge Watt a conclu que certains aspects du processus d'évaluation des candidats jurés étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés. D'autres aspects étaient acceptables, à condition que le ministère public s'acquitte de ses obligations de communication.

[8] En conformité avec une concession de la part du ministère public en appel, le juge Watt a conclu que celui-ci avait omis de communiquer au procès des renseignements, obtenus lors de l'évaluation des candidats jurés, qui auraient pu aider les appelants à exercer leur droit de récusation péremptoire. Au

not satisfied that the appellants suffered any prejudice from the Crown's failure to meet its disclosure obligations. In his view, there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had disclosure been made; nor was there a basis for concluding that the Crown's failure to disclose caused actual unfairness in the peremptory challenge process. Finally, it could not be said that the jury vetting practice created an appearance of unfairness that cast a pall over the entire proceeding. Accordingly, Watt J.A. rejected this ground of appeal. He also rejected the grounds relating to the alleged errors in the trial judge's final instructions to the jury.

[9] Before this Court, the appellants no longer challenge the adequacy of the trial judge's instructions to the jury. Rather, the appeals centre on the jury vetting issue and the Court of Appeal's treatment of it.

[10] In a nutshell, the appellants complain that the jury vetting undertaken by the police, at the behest of the Crown, was highly improper. It compromised the integrity of the jury selection process and resulted in a jury that, if not favourably disposed to the Crown, might well have been differently composed had the appellants received the disclosure to which they were entitled.

[11] On a more fundamental level, the appellants contend that the jury vetting conducted by the police, in conjunction with the Crown, strikes at the very heart of our criminal justice system and impinges on the sanctity of trial by jury that forms such a vital part of it. They say it raises the spectre of jury tampering and as such, it deserves this Court's unqualified condemnation.

[12] One of the appellants equates what occurred here to the situation in *R. v. Latimer*, [1997] 1

bout du compte, cependant, il n'était pas convaincu que les appelants avaient subi un préjudice du fait que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication. Selon lui, il n'existait aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment s'il y avait eu communication; il n'y avait pas non plus de raison de conclure que l'omission du ministère public de communiquer des renseignements avait entraîné l'iniquité du processus de récusation péremptoire. Enfin, selon la Cour d'appel, on ne pouvait pas dire que la pratique de l'évaluation des candidats jurés ait créé une apparence d'iniquité qui ait entaché toute l'instance. En conséquence, le juge Watt a rejeté ce moyen d'appel. Il a également rejeté les moyens d'appel se rapportant aux erreurs qui auraient été commises dans les directives finales du juge du procès au jury.

[9] Devant la Cour, les appelants ne contestent plus le caractère adéquat des directives du juge du procès au jury. Les pourvois portent plutôt sur la question de l'évaluation des candidats jurés et sur la façon dont elle a été traitée par la Cour d'appel.

[10] En résumé, les appelants se plaignent que l'évaluation en cause, effectuée par la police à la demande du ministère public, était tout à fait abusive. Selon eux, elle a compromis l'intégrité du processus de sélection des jurés et il en a résulté un jury qui, sans nécessairement être favorable au ministère public, aurait très bien pu être composé différemment si les renseignements auxquels les appelants avaient droit leur avaient été communiqués.

[11] À un niveau plus fondamental, les appelants soutiennent que l'évaluation des candidats jurés effectuée par la police, de concert avec le ministère public, va à l'encontre de l'essence même de notre système de justice pénale et influe sur le caractère sacré du procès devant jury qui joue un rôle vital dans ce système. Ils affirment que cela fait planer le spectre de la subornation de jury et que, à ce titre, cela mérite la condamnation absolue de la Cour.

[12] Un des appelants assimile les faits de l'espèce à la situation dans *R. c. Latimer*, [1997] 1

S.C.R. 217, where the police, with the approval of the Crown, approached prospective jurors and asked them to complete a questionnaire setting out their views on a number of issues pertinent to the case. In *Latimer*, this Court found that the conduct of the Crown constituted a flagrant abuse of process and an interference with the administration of justice. This gave rise to an appearance of unfairness and necessitated a new trial. According to the appellants, the conduct of the police and the Crown in the present case led to an appearance of unfairness and resulted in a miscarriage of justice. Hence, they request a new trial.

[13] For the reasons that follow, I am unable to accede to the appellants' arguments.

[14] On the issue of trial fairness, I see no basis for interfering with the findings of the Court of Appeal on the impact — or more accurately, the lack of impact — that the jury vetting practice had on the jury selection process. The appellants received a fair trial by an impartial jury.

[15] As for the appearance of unfairness and the suggestion that the verdicts are the product of a miscarriage of justice, I readily acknowledge that aspects of the Crown's conduct were improper and should not be repeated. Nonetheless, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

[16] It follows, in my view, that there is no basis for ordering a new trial. I would accordingly dismiss the appeals.

II. Background

[17] The situation here is somewhat unique in that the Court of Appeal acted as a court of first instance in respect of the jury vetting issue. By that, I mean that the evidence pertinent to that issue

R.C.S. 217, affaire dans laquelle la police, avec l'approbation du ministère public, a demandé aux candidats jurés de remplir un questionnaire pour exposer leurs opinions sur un certain nombre de questions pertinentes dans cette affaire. Dans l'arrêt *Latimer*, la Cour a conclu que la conduite du ministère public constituait un abus de procédure flagrant et une entrave à l'administration de la justice. Cela créait une apparence d'iniquité et nécessitait la tenue d'un nouveau procès. Selon les appelants, la conduite de la police et du ministère public en l'espèce a engendré une apparence d'iniquité et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, ils demandent la tenue d'un nouveau procès.

[13] Pour les motifs exposés ci-après, je ne puis souscrire aux arguments des appelants.

[14] En ce qui concerne l'équité du procès, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de la Cour d'appel relatives à l'incidence — ou, plus exactement, l'absence d'incidence — que l'évaluation des candidats jurés a eue sur le processus de sélection des jurés. Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial.

[15] Quant à l'apparence d'iniquité et à l'argument selon lequel les verdicts sont le fruit d'une erreur judiciaire, je reconnais volontiers que certains aspects de la conduite du ministère public étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés. Néanmoins, je ne suis pas persuadé que ce qui s'est passé en l'espèce constituait une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire.

[16] Il s'ensuit, selon moi, qu'il n'y a aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

II. Contexte

[17] La situation en l'espèce est plutôt unique du fait que la Cour d'appel a agi comme un tribunal de première instance relativement à la question de l'évaluation des candidats jurés. Je veux dire par

was assembled by the parties and the court made its findings of fact and carried out its legal analysis on the basis of that record. In these circumstances, the findings of the Court of Appeal, like those of a trial court, are entitled to deference.

[18] The decision of the Court of Appeal is replete with detail and I see no need to replicate the court's thorough review of the background facts, nor its comprehensive review of the jury selection process as a whole.

[19] The jury vetting practice at issue occurred in the context of the appellants' joint trial on two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder. The trial was conducted in Barrie, Ontario. It commenced in January 2005 and lasted nine months.

[20] On December 13, 2004, prior to the commencement of the jury selection process, someone from the Court Services Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario provided a copy of the jury panel lists to the Crown Attorney's office in Barrie. The person responsible for providing the lists failed to comply with s. 20 of the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, which forbids disclosure of jury panel lists "until ten days before the sittings of the court for which the panel has been drafted". The return date of the first panel in this case was set for January 24, 2005.

[21] Upon receiving the lists, an administrative assistant in the Crown Attorney's office sent a copy of them to every police force with jurisdiction in the Judicial District of Simcoe County. Accompanying the lists was a standard-form memorandum which read as follows:

Please check the attached jury panel list, for the persons listed in your locality, and advise if any of them have criminal records. We are not able to provide birth dates.

là que la preuve se rapportant à cette question a été réunie par les parties et que la cour a tiré ses conclusions de fait et a procédé à l'analyse juridique à la lumière de ce dossier. Dans ce contexte, les conclusions de la Cour d'appel, à l'instar de celles d'un tribunal de première instance, commandent la déférence.

[18] L'arrêt de la Cour d'appel regorge de détails et il me paraît inutile de reprendre l'examen approfondi du contexte factuel auquel elle s'est livrée ou son exposé exhaustif du processus de sélection des jurés dans son ensemble.

[19] La pratique en cause, soit l'évaluation des candidats jurés, a eu cours dans le cadre du procès conjoint des appelants relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à deux chefs d'accusation de complot en vue de commettre un meurtre. Le procès s'est déroulé à Barrie, en Ontario. Il a débuté en janvier 2005 et a duré neuf mois.

[20] Le 13 décembre 2004, avant le début du processus de sélection des jurés, un employé de la Division des services aux tribunaux du ministère du Procureur général de l'Ontario a fourni une copie des tableaux des jurés au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie. La personne chargée de fournir les tableaux n'a pas respecté l'art. 20 de la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, qui interdit la divulgation du tableau des jurés « avant les dix jours précédant la session pour laquelle le tableau a été choisi ». La date de retour du premier tableau des jurés en l'espèce avait été fixée au 24 janvier 2005.

[21] Lorsqu'elle a reçu les tableaux, une adjointe administrative du bureau du procureur de la Couronne en a envoyé une copie à chaque corps policier compétent du district judiciaire du comté de Simcoe. Les tableaux étaient accompagnés d'une note standard qui était libellée comme suit :

[TRADUCTION] Veuillez vérifier le tableau des jurés conjoint, pour ce qui est des personnes de votre localité qui y sont mentionnées, et nous indiquer si certaines d'entre elles ont un casier judiciaire. Nous ne sommes pas en mesure de vous fournir les dates de naissance.

It would also be helpful if comments could be made concerning any disreputable persons we would not want as a juror. All we can ask is that you do your best considering the lack of information available to us.

Please relay the information by telephone to [the Crown Attorney's telephone number] on or before Wednesday, January 12, 2005.

[22] Information obtained in response to the memorandum was recorded on a copy of the jury panel lists kept at the Crown Attorney's office.

[23] I pause here to note that as of December 14, 2004, when the standard-form memorandum was sent to the various police forces in the Judicial District of Simcoe County, the Criminal Law Division of the Ontario Ministry of the Attorney General had not yet issued a Practice Memorandum on the subject of juror background checks. It was not until April 26, 2005, some four months into the trial, that the *draft* of the Practice Memorandum, referred to as PM [2005] No. 17, was circulated by email to Crown Attorneys throughout the province of Ontario. PM [2005] No. 17 came into effect on March 31, 2006, long after the trial in this matter had been completed, and was circulated to Crown Attorneys, as well as other organizations such as the Criminal Lawyers' Association of Ontario and the Law Society of Upper Canada. The salient features of the Practice Memorandum are reproduced below:

In choosing a jury, both Crown counsel and defence should have access to the same background information material. To that end, results of criminal record checks of potential jurors, if obtained by Crown counsel, should be disclosed to defence counsel. Crown counsel should not request police to undertake any further or other investigation into the list of jurors. Crown counsel should not request police to conduct out-of-court investigations into private aspects of potential jurors' lives.

Any concrete information provided by police to Crown counsel suggesting that a prospective juror may not be

Il serait également utile que vous fassiez des commentaires au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés. Tout ce que nous vous demandons, c'est de faire de votre mieux compte tenu des renseignements qui nous manquent.

Veillez transmettre ces renseignements par téléphone au [numéro du procureur de la Couronne] d'ici le mercredi 12 janvier 2005.

[22] Les renseignements obtenus en réponse à la note ont été inscrits sur une copie des tableaux des jurés qui était conservée au bureau des procureurs de la Couronne.

[23] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que le 14 décembre 2004, date à laquelle la note standard a été envoyée aux divers corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe, la Direction des politiques en matière criminelle du ministère du Procureur général n'avait pas encore émis l'avis de pratique (PM) au sujet de la vérification des antécédents des jurés. Ce n'est que le 26 avril 2005, quelque quatre mois après le début du procès, que le *projet* d'avis de pratique, répertorié sous la référence PM [2005] n° 17, a été diffusé par courriel aux procureurs de la Couronne de la province de l'Ontario. Le PM [2005] n° 17 est entré en vigueur le 31 mars 2006, soit bien après la fin de l'instruction de la présente affaire et a été transmis aux procureurs de la Couronne ainsi qu'à d'autres organismes, notamment la Criminal Lawyers' Association of Ontario et le Barreau du Haut-Canada. Les points saillants de l'avis de pratique sont reproduits ci-après :

[TRADUCTION] Pour choisir le jury, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense devraient avoir tous deux accès aux mêmes renseignements concernant les antécédents. À cette fin, les résultats de la vérification du casier judiciaire des candidats jurés, si le procureur de la Couronne les obtient, devraient être communiqués à l'avocat de la défense. Le procureur de la Couronne ne devrait pas demander à la police de mener une enquête complémentaire ou supplémentaire sur les candidats figurant au tableau des jurés. Le procureur de la Couronne ne devrait pas demander à la police de mener des enquêtes extrajudiciaires sur des aspects privés de la vie des candidats jurés.

Tout renseignement concret que la police fournit au procureur de la Couronne qui laisse entendre qu'un

impartial should be disclosed to the defence. If background information relating to a prospective juror raises the issue of whether he/she is able to judge the case without bias, prejudice or partiality, Crown counsel should utilize the challenge for cause process to address these concerns. [Emphasis added.]

[24] The vetting practice undertaken in this case was not new. It had been in place since the late 1990s when it was discovered, in the context of an ongoing jury trial in *Barrie*, that a person who had been selected as a juror was in the process of serving an intermittent sentence for a hybrid offence (see *R. v. E.A.* (Ont. Ct. (Gen. Div.)), transcript of discussion on January 6, 1998 about jurors serving an intermittent sentence (respondent's authorities, vol. II, Tab 43, at pp. 34-38)). It is unclear whether the Crown in that case had proceeded by way of indictment so as to render the juror ineligible for jury duty under s. 4(b) of the *Juries Act* as it then read. Be that as it may, he had slipped through the cracks and the situation would have proved awkward, to say the least, if his sentencing obligations had prevented him from performing his jury duties.

[25] In the present case, vetting of the jury lists by the police in response to the Crown's memorandum netted information about a number of prospective jurors. For the most part, the information indicated that the person in question had no criminal record. In some instances, the prospective juror was referred to as a "victim/complainant". Other notations identified persons who "possibl[y]" had a criminal record or who may have been involved in a motor vehicle infraction.

[26] None of the information the Crown received about the prospective jurors was shared with the defence — at least not at the selection stage of the process. The record indicates that after the trial judge had excused a host of prospective jurors for reasons of personal hardship, and a challenge for

candidat juré n'est peut-être pas impartial devrait être communiqué à la défense. Si des renseignements concernant les antécédents d'un candidat juré soulèvent la question de savoir s'il est capable de juger l'affaire sans parti pris, préjugé ou partialité, le procureur de la Couronne devrait recourir à la récusation motivée afin de dissiper ces doutes. [Je souligne.]

[24] La pratique de l'évaluation adoptée en l'espèce n'était pas nouvelle. Elle était en place depuis la fin des années 1990, époque où l'on a découvert, durant un procès devant jury à *Barrie*, qu'une personne qui avait été choisie comme juré était en train de purger une peine discontinue pour une infraction mixte (voir *R. c. E.A.* (C. Ont. (Div. gén.)), transcription de la discussion du 6 janvier 1998 au sujet des jurés purgeant une peine discontinue (recueil de sources de l'intimée, vol. II, onglet 43, p. 34-38)). Le dossier dont nous disposons n'indique pas clairement si le ministère public avait intenté la poursuite par mise en accusation ce qui aurait rendu le juré inhabile à être membre d'un jury en application de l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* en vigueur à cette époque. Quoi qu'il en soit, il avait réussi à passer à travers les mailles du filet et la situation aurait été pour le moins embarrassante si les obligations rattachées à sa peine l'avaient empêché de remplir ses fonctions de juré.

[25] En l'espèce, l'évaluation des tableaux des jurés effectuée par la police en réponse à la note du ministère public a permis d'obtenir des renseignements au sujet d'un grand nombre de candidats jurés. Dans la plupart des cas, les renseignements indiquaient que la personne en question n'avait pas de casier judiciaire. Dans certains cas, le candidat juré était désigné [TRADUCTION] « victime/plaignant ». D'autres annotations se rapportaient à des personnes qui avaient [TRADUCTION] « possiblement » un casier judiciaire ou qui avaient peut-être commis une infraction relative à la conduite d'un véhicule à moteur.

[26] Aucun des renseignements qui ont été fournis au ministère public au sujet des candidats jurés n'a été communiqué à la défense — du moins pas à l'étape de la sélection. Selon le dossier, après que le juge du procès a dispensé un grand nombre de candidats jurés pour cause d'inconvénient personnel

cause on the basis of race had run its course, of the prospective jurors who remained in the pool at the peremptory stage of the proceedings, the Crown had information about 10 of them that it should have disclosed to the defence, but did not. Hence, the appellants entered the peremptory challenge phase of the process missing information that might have been useful in exercising their peremptory challenges.

[27] With respect to the 10 people in question, on my review of the record, of the three appellants before us, the appellant Yumnu is the only one who may have used a peremptory challenge that he might otherwise have saved had he received the disclosure to which he was entitled. That said, each of the appellants, including Mr. Yumnu, had one or more peremptory challenges remaining to him at the end of the selection process.

III. Findings of the Court of Appeal

[28] As mentioned, the parties assembled a record for the Court of Appeal on the jury selection issue. On the basis of that record, the Court of Appeal made a number of findings that had a direct bearing on the outcome of the appeal. Those findings retain their importance at this stage and they are summarized below.

A. *Issue 1: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness*

[29] First, the court reviewed the peremptory challenge phase of the process and determined that there was “no reasonable possibility that the jury would have been constituted differently had disclosure [of the pertinent information obtained from the vetting process] been made” (para. 122).

[30] Second, the court found that even though the Crown had not complied with its disclosure obligations, the defence knew or should have known

sérieux, et à la suite d’une demande de récusation motivée fondée sur la race, le ministère public détenait des renseignements sur 10 des candidats jurés qui demeuraient inscrits au tableau à l’étape des récusations péremptoires du processus, renseignements qu’il aurait dû communiquer à la défense, ce qu’il n’a pas fait. Par conséquent, les appelants ont amorcé l’étape des récusations péremptoires du processus privés de renseignements qui auraient pu leur être utiles pour exercer leur droit à ce type de récusation.

[27] En ce qui concerne ces 10 personnes, il ressort de l’examen du dossier que, parmi les trois appelants devant la Cour, M. Yumnu est le seul qui se serait peut-être prévalu d’une récusation péremptoire qu’il aurait pu conserver si les renseignements auxquels il avait droit lui avaient été communiqués. Cela dit, il restait à chacun des appelants, y compris à M. Yumnu, une ou plusieurs récusations péremptoires à la fin du processus de sélection.

III. Les conclusions de la Cour d’appel

[28] Tel qu’il a été mentionné, les parties ont constitué un dossier pour la Cour d’appel relativement à la question de la sélection du jury. À la lumière de ce dossier, la Cour d’appel a tiré un certain nombre de conclusions qui ont eu une incidence directe sur l’issue de l’appel. Ces conclusions conservent toute leur importance à ce stade-ci et elles sont résumées ci-après.

A. *Question 1 : l’effet de la non-communication sur l’équité du procès*

[29] Premièrement, la Cour d’appel s’est penchée sur l’étape des récusations péremptoires du processus et a jugé qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment s’il y avait eu communication [des renseignements pertinents obtenus lors du processus d’évaluation] » (par. 122).

[30] Deuxièmement, la cour a conclu que même si le ministère public ne s’était pas acquitté de ses obligations de communication, la défense était au

about the jury vetting practice no later than six weeks into the trial when the investigating officer's notebook was turned over to defence counsel. The production of the officer's notebook was not an attempt on the Crown's part to belatedly comply with its disclosure obligations. Nonetheless, the notes contained a complete inventory of the checks undertaken by the investigating officer, including the names of prospective jurors and the information he had obtained about them. The notes also revealed that several police databases had been accessed and that information had been obtained about some of the prospective jurors that went beyond the question of whether they had a criminal record.

[31] Against that backdrop, in assessing the impact of the Crown's failure to comply with its disclosure obligations on the overall fairness of the trial process, the court considered it significant that five experienced defence counsel did not raise the issue of non-disclosure with the trial judge, either when they received the officer's notebook or during the seven and a half months of trial that followed. Nor did counsel raise the issue at the outset of the appeal. Moreover, throughout the course of the appeal, trial counsel provided no information about what they knew (or did not know) about the record checks, nor did they offer an explanation for their failure to raise the disclosure issue in a timely fashion. I note parenthetically that the answers to those questions remain unsatisfactory to this day.

[32] In the end, the court refused to give effect to the appellants' submission that their right to a fair trial had been impaired by the failure of the Crown to meet its disclosure obligations. Watt J.A. put the matter succinctly as follows: "In this case, [the appellants] have failed to demonstrate a reasonable possibility that the non-disclosure affected either the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process" (para. 107).

courant de la pratique d'évaluation des candidats jurés, ou aurait dû l'être, au plus tard six semaines après le début du procès, lorsque le calepin de l'enquêteur a été remis aux avocats de la défense. La production de ce calepin ne constituait pas une tentative de la part du ministère public de s'acquitter tardivement de ses obligations de communication. Néanmoins, les notes comportaient l'inventaire complet des vérifications effectuées par l'enquêteur, notamment les noms des candidats jurés et les renseignements qu'il avait obtenus à leur sujet. Les notes révélaient également que plusieurs bases de données de la police avaient été consultées et que certains renseignements obtenus au sujet de certains des candidats jurés débordaient le cadre de la question de savoir s'ils avaient un casier judiciaire.

[31] Dans ce contexte, lorsqu'elle a évalué l'incidence de l'omission du ministère public de s'acquitter de ses obligations de communication sur l'équité globale du procès, la cour a jugé significatif le fait que cinq avocats de la défense chevronnés n'ont pas soulevé la question de la non-communication devant le juge du procès, ni lorsqu'ils ont reçu le calepin de l'enquêteur ni durant les sept mois et demi de procès qui ont suivi. Les avocats n'ont pas non plus soulevé la question dès le début de l'appel. En outre, pendant toute la durée de l'appel, les avocats des parties au procès n'ont ni fourni des renseignements concernant ce qu'ils savaient (ou ne savaient pas) au sujet de la vérification des dossiers, ni expliqué pourquoi ils n'avaient pas soulevé la question de la communication en temps opportun. J'ouvre une parenthèse pour souligner que, à ce jour, les réponses à ces questions ne sont toujours pas satisfaisantes.

[32] En fin de compte, la Cour d'appel a refusé de retenir l'argument des appelants selon lequel l'omission du ministère public de s'acquitter de ses obligations de communication avait porté atteinte à leur droit à un procès équitable. Le juge Watt a donné succinctement l'explication que voici : [TRADUCTION] « En l'espèce, [les appelants] n'ont pas démontré l'existence d'une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès » (par. 107).

B. *Issue 2: Appearance of Unfairness*

[33] Apart from defence counsel’s failure to raise the jury issue with the trial judge, the Court of Appeal made two critical findings concerning the conduct of the Crown and the police.

[34] First, the court found that despite the scope of the Crown’s request in the December 14, 2004 memorandum, “the purpose of the police inquiries was to determine whether a prospective juror had a criminal record” (para. 94). Second, the court found that in the circumstances, the conduct of the Crown and the police did not “reveal [a] colourable use of legitimate criminal record checks of prospective jurors to obtain a favourable jury” (para. 95).

[35] In the circumstances, the Court of Appeal declined to order a new trial on the basis of alleged improprieties surrounding the jury selection process. The Crown’s conduct, though improper in certain respects, was far less egregious than the conduct engaged in by the Crown and police in *Latimer* — and, in the court’s opinion, the jury vetting practice did not create an appearance of unfairness that necessitated a new trial.

IV. Analysis: The Acceptable Bounds of Jury Vetting

[36] Jury vetting by the Crown and police is a risky business. It gives rise to a number of concerns — some more troublesome than others — but all worthy of consideration.

[37] Foremost among the concerns is the prospect of the Crown and police joining forces to obtain a jury favourable to their cause. Nothing could do more harm to the criminal justice system; nothing could more readily bring the administration of justice into disrepute.

B. *Question 2 : l’apparence d’iniquité*

[33] Mis à part l’omission des avocats de la défense de soulever la question relative au jury devant le juge du procès, la Cour d’appel a tiré deux conclusions cruciales relativement à la conduite du ministère public et de la police.

[34] Premièrement, la cour a conclu que, malgré la portée de la demande du ministère public dans la note du 14 décembre 2004, [TRADUCTION] « les enquêtes policières avaient pour but de déterminer si un candidat juré avait un casier judiciaire » (par. 94). Deuxièmement, la cour a conclu que, dans les circonstances, la conduite du ministère public et de la police ne constituait pas « [une] utilisation détournée des vérifications légitimes du casier judiciaire des candidats jurés afin d’obtenir un jury favorable » (par. 95).

[35] Dans les circonstances, la Cour d’appel a refusé d’ordonner la tenue d’un nouveau procès parce que des irrégularités auraient entaché le processus de sélection des jurés. La conduite du ministère public, même si elle était inappropriée à certains égards, était beaucoup moins grave que la conduite reprochée au ministère public et à la police dans l’affaire *Latimer* — et, selon la cour, la pratique de l’évaluation des candidats jurés ne créait pas une apparence d’iniquité qui nécessitait la tenue d’un nouveau procès.

IV. Analyse : les limites acceptables de l’évaluation des candidats jurés

[36] L’évaluation des candidats jurés par le ministère public et la police est un exercice périlleux. Elle suscite un grand nombre de préoccupations — certaines plus problématiques que d’autres —, mais toutes dignes d’être prises en considération.

[37] Au premier rang des préoccupations, il y a la perspective que le ministère public et la police unissent leurs efforts afin d’obtenir un jury favorable à leur cause. Rien ne pourrait causer un tort plus grand au système de justice pénale; rien ne pourrait davantage déconsidérer l’administration de la justice.

[38] The mere thought of the Crown and the police “checking out” potential jurors carries with it the spectre of jury tampering and the evils associated with it. Care must be taken to guard against this. The integrity of our criminal justice system hangs in the balance.

[39] Closely aligned with the first concern is the fundamental precept of our justice system that “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” (*per* Lord Hewart C.J. in *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259).

[40] Appearances count. And regardless of the Crown’s good intentions, aligning itself with the police and using their vast resources to investigate potential jurors could be seen by some as incompatible with the Crown’s responsibility, as an officer of the court, to ensure that every accused receives a fair trial. Randomness and representativeness are two of the qualities we look for in juries. Widespread checking could give rise to a suggestion of stereotyping and arbitrariness in the selection process, particularly if it could be shown that peremptory challenges were being used to remove certain types or classes of people who would otherwise be eligible to serve as jurors.

[41] Another concern is juror privacy. Jurors give up much to perform their civic duty. In some instances, serving on a jury can be a difficult and draining experience. Long trials in particular can take a toll on an individual’s personal and professional life.

[42] Jury duty is precisely that — a duty. People are not asked to volunteer; they are selected at random and required to serve unless they are otherwise exempted or excused. Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at

[38] La seule pensée que le ministère public et la police effectuent des vérifications sur les candidats jurés fait naître le spectre de la subornation de jury et les maux qui lui sont associés. Il faut prendre soin d’éviter cela. L’intégrité de notre système de justice pénale est en jeu.

[39] Le précepte fondamental de notre système de justice selon lequel [TRADUCTION] « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (comme l’a dit le lord juge en chef Hewart dans *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259) est étroitement lié au premier sujet de préoccupation.

[40] Les apparences comptent. Or, en dépit des bonnes intentions du ministère public, certains pourraient considérer que le fait de s’affilier à la police et d’utiliser ses vastes ressources pour enquêter sur les candidats jurés est incompatible avec la responsabilité qui lui incombe, à titre d’auxiliaire judiciaire, de s’assurer que chaque accusé bénéficie d’un procès équitable. Le caractère aléatoire et la représentativité sont deux qualités qu’on recherche chez un jury. Des vérifications à grande échelle pourraient donner à penser que le processus de sélection repose sur des caractéristiques stéréotypées ou arbitraires, particulièrement s’il pouvait être démontré que des récusations péremptoires ont servi à écarter certains types ou certaines catégories de personnes qui, sinon, auraient été habiles à remplir les fonctions de juré.

[41] Un autre sujet de préoccupation concerne la vie privée des jurés. En effet, ces derniers renoncent à beaucoup de choses pour accomplir leur devoir civique. Dans certains cas, faire partie d’un jury peut se révéler une expérience difficile et épuisante. Les longs procès, en particulier, peuvent avoir des effets négatifs sur la vie personnelle et professionnelle d’une personne.

[42] Le devoir de juré est précisément cela — un devoir. On ne demande pas aux gens de se porter volontaires; ils sont choisis aléatoirement et sont obligés de remplir les fonctions de juré sauf s’ils en sont dispensés. Lorsqu’ils ont été choisis, les jurés

that point are no more relevant than that of the presiding judge.

[43] Jurors deserve to be treated with respect. Subject to a few narrow exceptions, they are entitled to know that their privacy interests will be preserved and protected. I note that the subject of prospective jurors' privacy was addressed in a recent report of Ontario's Information and Privacy Commissioner, Ann Cavoukian: see *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report* (2009) ("IPC Report").

[44] The concerns that I have identified are very real and they are to be taken seriously. There are, however, countervailing interests at play that warrant some limited checking and some minimal intrusion into the private lives of potential jurors.

[45] Manifestly, only those persons eligible to serve as jurors should be permitted to participate in the process. Impartiality is equally essential. Those who serve as jurors must be capable of putting aside their biases, prejudices, and any tentative opinions they might hold about the case. In short, they must be able to render a true verdict according to the evidence.

[46] Section 626(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that "[a] person who is qualified as a juror according to . . . the laws of a province is qualified to serve as a juror in criminal proceedings in that province." Each province and territory in Canada has its own eligibility criteria for jurors. In Ontario, the province from which the present appeals originate, s. 4(b) of the *Juries Act* currently states that anyone who "has been convicted of an offence that may be prosecuted by indictment" and who has not been granted a pardon for that conviction, is ineligible to serve as a juror. I note that until 2010, s. 4(b) of the *Juries Act* provided that a person was ineligible to serve as a juror in Ontario if he or she "ha[d] been convicted of an indictable offence" and had not been granted a pardon. In the case of a hybrid offence,

deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience.

[43] Les jurés méritent d'être traités avec respect. Sous réserve de quelques exceptions bien précises, ils sont en droit de savoir que leur droit à la vie privée sera préservé et protégé. Je note que le sujet de la vie privée des candidats jurés a été traité dans un rapport récent de la commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Ann Cavoukian : voir *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors : A Special Investigation Report* (2009) (« rapport de la CIPVP »).

[44] Les préoccupations dont j'ai parlé sont bien réelles et doivent être prises au sérieux. Cependant, des intérêts opposés entrent également en jeu et justifient quelques vérifications limitées et une intrusion minime dans la vie privée des candidats jurés.

[45] De toute évidence, seules les personnes habiles à remplir les fonctions de juré devraient être autorisées à participer au processus. L'impartialité est également essentielle. Celui qui remplit les fonctions de juré doit être capable de faire abstraction de tout parti pris, préjugé ou idée préconçue à l'égard de l'affaire. Bref, il doit être capable de rendre un verdict juste à la lumière de la preuve.

[46] Le paragraphe 626(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que « [s]ont aptes aux fonctions de juré dans des procédures criminelles engagées dans une province les personnes qui remplissent les conditions déterminées par la loi provinciale applicable ». Chaque province et territoire du Canada a ses propres critères d'admissibilité pour les jurés. En Ontario, la province d'où émanent les présents pourvois, l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* prévoit actuellement qu'une personne qui « a été déclarée coupable d'une infraction qui peut faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation » et qui n'a pas bénéficié d'un pardon relativement à cette déclaration de culpabilité est inhabile à être membre d'un jury. Je note que jusqu'en 2010, l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* prévoyait qu'une personne était inhabile à être membre

this was interpreted to mean a conviction where the prosecutor chose to proceed by indictment (see IPC Report, at pp. 33-34). In 2010, the *Juries Act* was amended to broaden the scope of juror ineligibility (S.O. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(1)). This amendment addressed the problem that criminal record databases do not record whether, in respect of hybrid offences, the Crown proceeded by way of summary conviction or by indictment. Other provinces have different eligibility requirements, including some that preclude persons “charged” with a criminal offence from serving on a jury. For instance, individuals are ineligible to serve as jurors: in Alberta, if “charged with a criminal offence” (*Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 4(h)(ii)); in British Columbia, if “currently charged with an offence under the *Criminal Code*” (*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(q)); in Newfoundland and Labrador, if charged with an indictable offence (*Jury Act, 1991*, S.N.L. 1991, c. 16, s. 5(m)); and in Quebec, if charged or convicted of a “criminal act” (an indictable offence) (*Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 4(j)) (for the relevant legislation in the other provinces and territories, see: *The Jury Act, 1998*, S.S. 1998, c. J-4.2, s. 6(h); *The Jury Act, C.C.S.M.* c. J30, s. 3(p) and (r); *Jury Act*, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 3(r); *Juries Act*, S.N.S. 1998, c. 16, s. 4(e); *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5.1, s. 5(i); *Jury Act*, R.S.Y. 2002, c. 129, s. 5(a) and (b); *Jury Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 5(a); and *Jury Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. J-2, s. 5(a)).

[47] Under s. 638(1)(c) of the *Code*, either the prosecutor or the accused may challenge a potential juror for cause on the basis that “[the] juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months”.

d’un jury en Ontario si elle « a[vait] été déclarée coupable d’un acte criminel » et n’avait pas bénéficié d’un pardon. Dans le cas de l’infraction mixte, cette disposition a été interprétée au sens de déclaration de culpabilité dans le cas où le poursuivant a choisi d’intenter une poursuite par mise en accusation (voir rapport de la CIPVP, p. 33-34). En 2010, la *Loi sur les jurys* a été modifiée afin d’élargir la portée de l’inhabilité à exercer la fonction de juré (L.O. 2009, ch. 33, ann. 2, par. 38(1)). Cette modification a réglé le problème découlant du fait que les bases de données des casiers judiciaires n’indiquent pas si, dans le cas d’une infraction mixte, le ministère public a intenté une poursuite par procédure sommaire ou par mise en accusation. D’autres provinces ont des conditions d’admissibilité différentes, notamment certaines qui empêchent les personnes « accusées » d’une infraction criminelle de remplir les fonctions de juré. Par exemple, un individu est inhabile à être juré : en Alberta, s’il est [TRADUCTION] « accusé d’une infraction criminelle » (*Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, sous-al. 4h)(ii)); en Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « contre qui pèse une accusation portée en vertu du *Code criminel* » (*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 242, al. 3(1)q); à Terre-Neuve-et-Labrador, s’il est accusé d’un acte criminel (*Jury Act, 1991*, S.N.L. 1991, ch. 16, al. 5m)); au Québec, s’il est sous le coup d’une accusation pour un « acte criminel » ou qui en a été déclaré coupable (*Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, al. 4j)) (pour ce qui est de la législation pertinente dans les autres provinces et territoires, voir : *Loi de 1998 sur le jury*, L.S. 1998, ch. J-4,2, al. 6h); *Loi sur les jurés*, C.P.L.M. ch. J30, al. 3p) et r); *Loi sur les jurés*, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, al. 3r); *Juries Act*, S.N.S. 1998, ch. 16, al. 4e); *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5.1, al. 5i); *Loi sur le jury*, L.R.Y. 2002, ch. 129, al. 5a) et b); *Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, al. 5a); *Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, ch. J-2, al. 5a)).

[47] Aux termes de l’al. 638(1)c) du *Code*, le poursuivant ou l’accusé peut récuser un candidat juré au motif que celui-ci « a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois ».

[48] As is apparent, under provincial statutes and the *Criminal Code*, a potential juror's criminal antecedents — and in some instances, his or her pending charges — may render that person ineligible for jury duty or result in his or her removal from the jury pool following a successful challenge for cause. Self-reporting is one way of screening potential jurors who, by virtue of their involvement with the criminal law, are ineligible under provincial law from serving as jurors. In Ontario, at the time of the appellants' trial, a self-reporting questionnaire was sent to potential jurors asking:

7. HAVE YOU BEEN CONVICTED OF AN INDICTABLE OFFENCE FOR WHICH YOU HAVE NOT BEEN GRANTED A PARDON?

An indictable offence is a serious offence and does not include violations of provincial statutes such as traffic and liquor laws. Nor are some Criminal Code offences indictable; for example, causing a disturbance, taking a motor vehicle without the owner's consent and vagrancy are not indictable offences. A person who has been convicted of an indictable offence is ineligible to serve as a juror, unless he or she has subsequently been granted a pardon.

(IPC Report, Appendix 8)

[49] While useful, self-reporting has proved to be less than satisfactory. Under the regime that existed when the trial in this case was conducted, potential jurors may not have known whether the offence for which they had been convicted was an indictable offence (which would have included a hybrid offence only if the Crown had proceeded by way of indictment). Following the IPC Report in 2009 in Ontario, along with the amendment of the *Juries Act*, the self-reporting questionnaire has been improved and provides a more comprehensive explanation of what constitutes an indictable offence (see R.R.O. 1990, Reg. 680, Form 1, "Questionnaire about Qualifications for Jury Service"). Even with that, there is no certainty that prospective jurors will read the explanatory notes;

[48] Comme on le constate, aux termes de lois provinciales et du *Code criminel*, les antécédents criminels d'un candidat juré — et, dans certains cas, les accusations qui pèsent contre lui — peuvent le rendre inhabile à remplir les fonctions de juré ou entraîner son retrait du bassin des candidats jurés par suite d'une récusation motivée. La déclaration volontaire est une manière d'écartier les candidats jurés qui, en raison de leurs démêlés avec la justice, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale. En Ontario, au moment du procès des appelants, un questionnaire de déclaration volontaire envoyé aux candidats jurés leur posait la question suivante :

7. AVEZ-VOUS DÉJÀ ÉTÉ RECONNU(E) COUPABLE D'UN ACTE CRIMINEL POUR LEQUEL UN PARDON NE VOUS A PAS ÉTÉ ACCORDÉ?

Un acte criminel est une infraction criminelle grave, à l'exclusion des contraventions aux lois provinciales telles que les lois relatives à la circulation et à l'alcool. Quelques infractions au Code criminel ne constituent pas des actes criminels, par exemple, le fait de troubler la paix publique, la prise d'un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire et le vagabondage ne constituent pas des actes criminels. Une personne est inhabile à remplir les fonctions de juré si elle a été reconnue coupable d'un acte criminel, sauf si un pardon lui a été accordé par la suite.

(Rapport de la CIPVP, annexe 8)

[49] Malgré son utilité, la déclaration volontaire ne s'est pas révélée très satisfaisante. Sous le régime en vigueur lors de la tenue du procès en l'espèce, il se peut que les candidats jurés n'aient pas su si l'infraction dont ils avaient été reconnus coupables était un acte criminel (qui aurait englobé l'infraction mixte seulement si le ministère public avait intenté la poursuite par mise en accusation). À la suite du rapport de la CIPVP déposé en Ontario en 2009, en plus des modifications apportées à la *Loi sur les jurys*, le questionnaire de déclaration volontaire a été amélioré et explique de façon plus exhaustive ce qui constitue un acte criminel (voir R.R.O. 1990, Règl. 680, formule 1, « Questionnaire concernant les qualités requises pour remplir les fonctions de juré »). Malgré cela, il n'y a aucune

nor is it clear that those who do will fully understand them. Well-intentioned individuals may still provide inaccurate information. Moreover, the explanatory notes leave out broad categories of offences that could give rise to indictable convictions, such as income tax evasion. And finally, as reporting procedures are not uniform throughout the country, some are likely to produce more accurate responses than others. In short, self-reporting can result in relevant criminal background information slipping through the cracks. It is not a substitute for criminal record checks.

[50] It follows, in my view, that absent legislation to the contrary, the authorities should be permitted to do criminal record checks on potential jurors to determine whether they are eligible to serve as jurors under provincial law and/or whether they may be subject to a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. In those provinces where the eligibility criteria cover persons who have been charged with a criminal offence, this too is something the authorities may properly check for.

[51] In that narrow sense, I consider it permissible for the Crown, with the assistance of the police, to do limited background checks using police databases to identify potential jurors who, by virtue of their criminal conduct, are not eligible for jury duty under provincial law or who are subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. I recognize that the defence bar does not have the same prerogative. It cannot avail itself of the information stored in police databases. But any resulting imbalance is, in my view, overcome by the disclosure obligations placed on the Crown. Information received by the Crown that is relevant to the jury selection process must be turned over to the defence, thereby restoring the balance.

certitude que les candidats jurés liront les notes explicatives, ni que ceux qui les liront les comprendront parfaitement. Des individus bien intentionnés pourraient tout de même fournir des renseignements inexacts. Qui plus est, les notes explicatives laissent de côté de grandes catégories d'infractions qui pourraient entraîner une condamnation pour acte criminel, notamment celle relative à l'évasion fiscale. Enfin, comme les procédures de déclaration ne sont pas uniformes partout au Canada, certaines d'entre elles sont susceptibles de donner lieu à des réponses plus exactes que d'autres. Bref, la déclaration volontaire peut laisser passer à travers les mailles du filet des renseignements pertinents relatifs aux antécédents criminels. Elle ne remplace pas la vérification du casier judiciaire.

[50] Il s'ensuit, selon moi, que, sauf disposition contraire de la loi, les autorités devraient pouvoir vérifier le casier judiciaire des candidats jurés afin de déterminer s'ils sont habiles à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou s'ils sont susceptibles de faire l'objet d'une récusation motivée fondée sur l'al. 638(1)c) du *Code*. Dans les provinces où les critères d'admissibilité s'appliquent aux personnes qui ont été accusées d'une infraction criminelle, les autorités peuvent également vérifier ce fait à juste titre.

[51] Dans ce sens strict, j'estime que le ministère public est autorisé à effectuer, avec l'aide de la police, des vérifications limitées des antécédents au moyen des bases de données de cette dernière afin d'identifier les candidats jurés qui, en raison de leur conduite criminelle, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou qui sont susceptibles de faire l'objet d'une récusation motivée fondée sur l'al. 638(1)c) du *Code*. Je reconnais que l'avocat de la défense ne bénéficie pas de la même prérogative. Il ne peut se servir des renseignements colligés dans les bases de données de la police. Toutefois, tout déséquilibre engendré est, à mon avis, compensé par les obligations de communication qui incombent au ministère public. Les renseignements reçus par le ministère public qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés doivent être transmis à la défense, ce qui rétablit l'équilibre.

[52] I also recognize that the Crown and the police are separate entities and that the police ought not to be seen as Crown agents tasked with the responsibility of investigating potential jurors for partiality, much less obtaining a jury favourable to the Crown's cause. But any perception of impropriety must be assessed in context, which in this case means taking into account the circumscribed nature of the police mandate and the important objective it serves. Viewed that way, I do not believe that a reasonable member of society would find it offensive for the Crown and the police to engage in the limited form of checking I consider permissible.

[53] In the course of performing valid criminal background checks through the use of police databases, the authorities may inadvertently come across information that falls outside the scope of the provincial eligibility criteria or the criteria specified in s. 638(1)(c) of the *Code*. For example, in Ontario, the authorities may learn that a prospective juror does not have a criminal record but that he or she is presently charged with a criminal offence, or perhaps even a provincial offence, that may render the prospective juror unsuitable or raise concerns about his or her ability to remain impartial. Equally, a database scan may reveal a potential juror's prior conviction for a pure summary offence (not captured by s. 4(b) of Ontario's *Juries Act* or s. 638(1)(c) of the *Code*) for which the person is currently serving an intermittent sentence, thereby calling into question his or her suitability for jury duty. Alternatively, the authorities may discover that a potential juror has been a complainant on a prior occasion and may, for that reason, find it difficult to remain impartial, either generally or in the particular circumstances of the case at hand.

[54] The authorities cannot set out to find this type of information — but if it comes to their attention in the course of performing valid criminal background checks, they need not turn a blind eye to it. It could form the basis for any of the following procedures in the courtroom:

[52] Je reconnais également que la police est une entité distincte du ministère public et ne doit pas être considérée comme un mandataire de ce dernier ayant pour mission de vérifier l'impartialité des candidats jurés, et encore moins de veiller à la constitution d'un jury bien disposé envers le ministère public. Il importe toutefois d'examiner en contexte toute perception d'irrégularité, ce qui suppose, en l'espèce, la prise en compte de l'étroitesse du mandat confié à la police et de l'importance des objectifs qu'il vise. Je ne crois pas qu'une personne raisonnable voyant les choses sous cet angle jugerait inconvenant que le ministère public et la police procèdent au type de vérification restreinte qui est, selon moi, acceptable.

[53] En effectuant des vérifications valides d'antécédents criminels au moyen des bases de données de la police, les autorités peuvent recueillir par inadvertance des renseignements qui débordent du cadre établi par les critères provinciaux en matière d'habilité ou les critères énoncés à l'al. 638(1)c) du *Code*. Par exemple, en Ontario, les autorités pourraient apprendre qu'un candidat juré n'a pas de casier judiciaire, mais qu'il est actuellement inculpé d'une infraction criminelle, ou peut-être même d'une infraction provinciale, pouvant le rendre inapte ou susciter des doutes concernant sa capacité de demeurer impartial. De même, une recherche dans une base de données peut révéler qu'un candidat juré a été condamné pour une infraction punissable seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (situation non visée par l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* de l'Ontario ou l'al. 638(1)c) du *Code* et purge une peine discontinuée, ce qui pourrait compromettre son aptitude à siéger comme juré. Les autorités peuvent aussi découvrir qu'un candidat juré a déjà été plaignant et qu'il peut lui être difficile, pour cette raison, de demeurer impartial, soit de façon générale soit dans l'affaire particulière qui sera instruite.

[54] Les autorités ne peuvent chercher à obtenir ce type de renseignements, mais s'il en ressort dans le cadre de vérifications d'antécédents criminels valablement effectuées, elles n'ont pas à s'en détourner. Ces renseignements peuvent servir aux démarches suivantes lors de l'instruction :

- | | |
|--|--|
| <p>(1) a request to the trial judge to excuse the juror under s. 632(a) to (c) of the <i>Code</i> on grounds of obvious partiality, personal hardship, or other reasonable cause;</p> <p>(2) a request to the trial judge to stand the juror aside under s. 633 of the <i>Code</i> for reasons of personal hardship or any other reasonable cause, including potential partiality;</p> <p>(3) a request to challenge a juror for cause for any of the reasons set out in s. 638(1)(a) to (f) of the <i>Code</i>; and</p> <p>(4) a reason to exercise or refrain from exercising a peremptory challenge under ss. 634 and 635 of the <i>Code</i>.</p> | <p>(1) une demande fondée sur les al. 632a) à c) du <i>Code</i> visant à dispenser un juré pour partialité évidente, inconvéniement personnel sérieux ou pour une autre raison valable;</p> <p>(2) une demande fondée sur l'art. 633 du <i>Code</i> visant la mise à l'écart du juré pour inconvéniement personnel sérieux ou pour toute autre raison valable, dont la possibilité de partialité;</p> <p>(3) une demande visant la récusation d'un juré pour l'un des motifs prévus aux al. 638(1)a) à f) du <i>Code</i>;</p> <p>(4) la décision de procéder ou non à la récusation péremptoire en application des art. 634 et 635 du <i>Code</i>.</p> |
|--|--|

[55] Of course, it goes without saying that any information the authorities obtain that is relevant to the jury selection process must be disclosed to the defence. This would include information relevant to eligibility, s. 638(1)(c) and any of the other matters I have identified.

[55] Il va sans dire, bien sûr, que les autorités doivent communiquer à la défense tout renseignement obtenu qui est pertinent pour le processus de sélection des jurés, ce qui inclut les renseignements se rapportant à l'habilité, à l'application de l'al. 638(1)c) et à tous les autres éléments que j'ai mentionnés.

[56] Checking for a prospective juror's criminal record is not as easy as one might think. As Watt J.A. observed, at para. 92, jury panel lists lack crucial information the authorities need to ensure that the results of inquiries made through the various databases available to them are accurate. The more information the authorities have about the prospective juror — and by that I am referring to details such as full name, date of birth, fingerprint search number, and so on — the less intrusive the search need be. Access to one database, most likely the Canadian Police Information Centre (“CPIC”), will usually be all that is required.

[56] La vérification du casier judiciaire d'un candidat juré n'est pas aussi facile qu'on pourrait le penser. Comme l'a fait remarquer le juge Watt, au par. 92, d'importants renseignements, nécessaires pour assurer l'exactitude des résultats des recherches effectuées au moyen des diverses bases de données dont disposent les autorités, ne figurent pas aux tableaux des jurés. Plus les autorités possèdent de renseignements au sujet du candidat juré — et je parle ici de précisions comme le nom complet, la date de naissance, le numéro de recherche d'empreintes digitales, etc. — moins les recherches à effectuer seront intrusives. La consultation d'une seule base de données, probablement celle du Centre d'information de la police canadienne (« CIPC »), suffira habituellement.

[57] Contrast this with the situation where the authorities have virtually no information about the prospective juror other than his or her name and occupation. To be sure, this is problematic, especially when the individual has a common name.

[57] À l'opposé, la situation où les autorités n'ont pratiquement aucun autre renseignement que le nom et la profession du candidat juré est certainement problématique, en particulier lorsque le candidat porte un nom répandu. Le recoupement et la

Cross-referencing and cross-checking through the use of multiple databases may be the only means the authorities have to ensure that the right person is being checked. And even then, there can be no guarantees.

[58] Of course, the more databases accessed, the more likely it is that the authorities will come upon information that goes beyond a particular province's eligibility criteria as it relates to prior or ongoing criminal activity, or the criteria needed to bring a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. In other words, the broader the search, the greater the intrusion into the prospective juror's privacy interests.

[59] In an ideal world, it would be preferable if the persons doing the checking had available to them the information needed to do pinpoint searches through a single database. That would be one way of better protecting the privacy interests of prospective jurors.

[60] Ontario has taken some steps in this regard following the release of the IPC Report. Without going into detail, under s. 18.2 of the *Juries Act* (enacted in 2010, see S.O. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(2)), the sheriff may request that a criminal record check be conducted using the CPIC database, on any person selected for inclusion on a jury panel. A questionnaire completed by the prospective juror and sent to the Provincial Jury Centre contains personal information that enables the Centre to engage in pinpoint searches.

[61] According to the Crown, such searches are conducted on a random basis and only cover about 10 percent of the names on panel lists (R.F., at para. 85, fn. 37). As such, they do not provide certainty that persons who are ineligible under s. 4(b) of the *Juries Act* or subject to being challenged under s. 638(1)(c) of the *Code* will be detected. Moreover, there is no legislative equivalent to s. 18.2 of the Ontario *Juries Act* in the territories and most of the other provinces.

contre-vérification au moyen de plusieurs bases de données peuvent être la seule façon pour les autorités de s'assurer que la recherche porte sur la bonne personne. Et même là, il n'existe aucune garantie.

[58] Bien entendu, plus les autorités consultent de bases de données plus elles sont susceptibles de découvrir des renseignements sortant du cadre établi par les critères relatifs à l'habilité des jurés dans une province donnée se rapportant à des activités criminelles passées ou actuelles ou par les critères applicables à la récusation pour le motif prévu à l'al. 638(1)c) du *Code*. Autrement dit, plus la recherche sera large plus l'atteinte au droit à la vie privée du candidat juré sera importante.

[59] Idéalement, il serait préférable que les personnes procédant à la vérification disposent des renseignements nécessaires pour effectuer des recherches précises dans une seule base de données. Ce serait là une façon de mieux protéger le droit à la vie privée des candidats jurés.

[60] L'Ontario a pris des mesures en ce sens par suite de la publication du rapport de la CIPVP. Sans entrer dans les détails, disons qu'aux termes de l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys* (entrée en vigueur en 2010, voir L.O. 2009, ch. 33, ann. 2, par. 38(2)), le shérif peut demander une vérification du casier judiciaire au moyen de la base de données du CIPC à l'égard de toute personne sélectionnée pour inscription à un tableau des jurés. Le questionnaire rempli par le candidat juré puis transmis au Bureau provincial de la sélection des jurés contient des renseignements personnels qui permettent à ce dernier d'effectuer des recherches précises.

[61] Selon le ministère public, ces recherches sont effectuées de façon aléatoire et elles ne portent que sur environ 10 pour 100 des noms figurant aux tableaux des jurés (m.i., par. 85, note 37). Elles ne peuvent donc garantir la détection des personnes inhabiles aux termes de l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* ou susceptibles d'être récusées en application de l'al. 638(1)c) du *Code*. En outre, les territoires et la plupart des autres provinces ne possèdent pas de disposition analogue à l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys* ontarienne.

[62] I propose to say no more about s. 18.2 of the *Juries Act*. Its impact, if any, on the Crown's right to have limited background checks conducted on potential jurors through the use of police databases is not before us. Nor is it our mandate to consider solutions that might better preserve and protect the privacy interests of prospective jurors, including the personnel who should be doing the checking and the means by which they may gain access to the pertinent information. Our task is to determine whether it was permissible for the authorities to perform the checks they did in the instant case and, if so, to what extent and for what purposes.

[63] The case before us deals with background prospective juror checks conducted through the use of police databases. For reasons already discussed, absent legislation to the contrary, I am satisfied that the authorities can use such databases to discover whether prospective jurors have engaged in criminal conduct that would render them ineligible to serve as a juror under provincial law, or subject them to a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. As well, absent legislation to the contrary, I am of the view that the authorities are entitled to access multiple databases, where necessary, to uncover the requisite information. As indicated, where this leads to the inadvertent discovery of other information that may be relevant to the jury selection process, the authorities need not turn a blind eye to it. It should be conveyed to the Crown and disclosed to the defence. That will go some way towards achieving the level playing field that should exist between the Crown and the defence during the jury selection process.

[64] To be clear, when I speak of information that is relevant to the jury selection process, I am *not* talking about matters of public knowledge, such as a prospective juror's general reputation in the community, nor am I referring to such things as feelings, hunches, suspicions, innuendo, or other such amorphous information. I am speaking rather about

[62] Je m'en tiendrai à cela au sujet de l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys*. La question de l'effet de cette disposition, le cas échéant, sur le droit du ministère public de faire vérifier les antécédents de candidats jurés au moyen de bases de données de la police ne nous a pas été soumise. Il ne nous appartient pas non plus d'envisager des solutions propres à mieux protéger le droit à la vie privée des candidats jurés, y compris des solutions quant au personnel à qui confier la vérification et quant aux moyens par lesquels il peut avoir accès aux renseignements pertinents. Notre tâche consiste à établir si les autorités pouvaient effectuer les vérifications qui ont été faites en l'espèce et, si oui, dans quelle mesure et à quelles fins.

[63] L'affaire qui nous occupe porte sur la vérification des antécédents des candidats jurés qui a été effectuée en utilisant les bases de données de la police. Pour les raisons déjà exposées, en l'absence de disposition contraire de la loi, je suis convaincu que les autorités peuvent se servir de telles bases de données pour découvrir si les candidats jurés se sont livrés à des activités criminelles qui les rendraient inhabiles à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale ou les exposeraient à une récusation motivée en vertu de l'al. 638(1)(c) du *Code*. En l'absence de disposition contraire de la loi, j'estime en outre que les autorités ont le droit de consulter plusieurs bases de données, au besoin, pour découvrir les renseignements nécessaires. Comme je l'ai indiqué, lorsque ces démarches entraînent la découverte fortuite d'autres renseignements pouvant s'avérer pertinents pour le processus de sélection des jurés, les autorités n'ont pas à s'en détourner. Ces renseignements doivent être transmis au ministère public et communiqués à la défense. Cela contribuera à ce que ces derniers soient à armes égales dans le cadre du processus de sélection des jurés.

[64] En clair, lorsque je parle de renseignements qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés, je ne parle *pas* d'information de notoriété publique, telle la réputation générale du candidat juré au sein de la collectivité, ni d'impressions, d'intuitions, de soupçons, d'insinuations ou d'autres types de renseignements informels. Je parle plutôt

information that rises above the general and is both reasonably accurate and reliably based. At para. 76 of his reasons for the Court of Appeal, Watt J.A. made the following observation about the disclosure obligations of the Crown, with which I agree:

The disclosure obligations of the prosecutor are well defined. Circumscribed, not infinite. Those obligations are not co-extensive with the entire storehouse of information, knowledge and experience, in brief the stock-in-trade a prosecutor may acquire by exposure to daily appearances in the courts and interactions with the police, witnesses, victims and the communities at large in their jurisdiction. Equality of knowledge and community intelligence, like equivalence in skill and experience as between opposing counsel in a criminal trial, is not a constitutional requirement or a principle of fundamental justice.

[65] The question of there being a reciprocal obligation on the part of the defence to disclose information in its possession that could impact on the jury selection process was raised only tangentially on this appeal. It was not fully argued. Accordingly, I propose to limit my remarks to two situations where it is self-evident that defence counsel, as officers of the court, must make disclosure to both the court and Crown counsel to preserve the integrity of the process.

[66] First, where defence counsel know or have good reason to believe that a potential juror has engaged in criminal conduct that renders him or her ineligible for jury duty under provincial law or subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*, this should be disclosed.

[67] Second, where defence counsel know or have good reason to believe that a potential juror cannot serve on a particular case due to matters of obvious partiality, this too should be disclosed.

[68] The second situation comports with Rule 4.05 of the *Rules of Professional Conduct* of the

de renseignements qui sortent du domaine des généralités et qui sont raisonnablement exacts et proviennent de sources fiables. Je souscris à l'observation suivante du juge Watt au sujet des obligations de communication incombant au ministère public et formulée au par. 76 de ses motifs :

[TRADUCTION] Les obligations de communication du poursuivant sont bien définies. Elles sont circonscrites, non infinies. Elles ne recouvrent pas l'intégralité du bagage d'information, de connaissances et d'expérience, bref, des ressources qu'un poursuivant peut acquérir jour après jour devant les tribunaux et par la fréquentation quotidienne de la police, des témoins, des victimes et des diverses collectivités des ressorts où il exerce. L'égalité en matière de connaissances et de renseignements relatifs à la collectivité, tout comme l'équivalence des compétences et de l'expérience des avocats qui s'affrontent dans un procès criminel, n'est pas une exigence constitutionnelle ou un principe de justice fondamentale.

[65] La question de l'existence d'une obligation réciproque de la défense de communiquer les renseignements en sa possession qui pourraient influencer sur le processus de sélection des jurés n'a été abordée que de façon indirecte en l'espèce, et elle n'a pas fait l'objet d'un débat exhaustif. Par conséquent, je ne mentionnerai que deux situations où la préservation de l'intégrité du processus exige de toute évidence que l'avocat de la défense, en tant qu'auxiliaire judiciaire, communique les renseignements qu'il détient à la cour ainsi qu'au ministère public.

[66] Premièrement, lorsque l'avocat de la défense sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré s'est livré à des activités criminelles qui le rendent inhabile à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou peuvent entraîner sa récusation pour l'un des motifs prévus à l'al. 638(1)(c) du *Code*, il doit le communiquer.

[67] Deuxièmement, lorsque l'avocat de la défense sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré ne peut siéger à l'instruction d'un procès donné pour des raisons de partialité évidente, il doit aussi le communiquer.

[68] La seconde situation s'accorde avec la règle 4.05 du *Code de déontologie* du Barreau du

Law Society of Upper Canada (online) and Rule 9, note 21 of the *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association (online). Under those rules, lawyers are permitted to investigate prospective jurors to ascertain any basis for a challenge, but in doing so, they must not directly or indirectly communicate with the juror or a member of his or her family. The rules further provide that when acting as an advocate, a lawyer must disclose to the judge and opposing counsel any information of which the lawyer is aware that a juror or prospective juror

(a) has or may have an interest, direct or indirect, in the outcome of the case,

(b) is acquainted with or connected in any manner with the presiding judge, any counsel or any [party], or

(c) is acquainted with or connected in any manner with any person who has appeared or who is expected to appear as a witness, . . .

[69] As for the first situation, I consider it axiomatic that as officers of the court, defence counsel who know or have good reason to believe that a prospective juror, by reason of his or her criminal conduct, is ineligible to serve as a juror under provincial law or is subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*, cannot remain mute. Disclosure must be made in such circumstances to protect the integrity of the process and the administration of justice at large.

[70] I conclude this aspect of my reasons with two trite but important observations.

[71] First, jury selection is not a game and it should not be approached as though it were. Winning and losing are concepts that ought not to be associated with it. The process is not governed by the strictures of the adversarial model, nor should it be, in my view. The idea at the end of the day is not to obtain a jury that is partial to one side or the other. We are looking for jurors who are eligible, impartial, representative and competent. The jury does not belong to the parties; it belongs to the people.

Haut-Canada (en ligne) et la règle 9, note 21 du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (en ligne). En vertu de ces codes, les avocats peuvent faire enquête sur les candidats jurés pour vérifier l'existence de motifs de récusation, mais, ce faisant, il leur est interdit de communiquer directement ou indirectement avec le candidat juré ou un membre de sa famille. Les dispositions prévoient également que l'avocat qui représente un client doit communiquer au juge et à l'avocat de la partie adverse les renseignements en sa possession sur le fait qu'un juré ou candidat juré

a) soit a ou peut avoir un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la cause;

b) soit est connu du juge qui préside l'audience, d'un avocat en présence ou d'une des parties au litige, ou est lié de quelque façon que ce soit à l'un d'eux;

c) soit est connu d'une personne qui a comparu comme témoin ou qui risque de l'être, ou est lié de quelque façon que ce soit à une telle personne.

[69] S'agissant de la première situation, j'estime évident que l'avocat de la défense, dans son rôle d'auxiliaire judiciaire, qui sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré, du fait de sa conduite criminelle, est inhabile à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale ou est susceptible d'être récusé pour l'un des motifs prévus à l'al. 638(1)(c) du *Code*, ne peut rester muet. Dans ce cas, la communication doit être faite afin de protéger l'intégrité du processus et l'administration de la justice en général.

[70] Je conclus cet aspect de mes motifs en faisant deux observations qui, bien qu'élémentaires, sont importantes.

[71] Premièrement, la sélection du jury n'est pas un jeu et on ne devrait pas l'entreprendre dans cet esprit. Il ne faut pas s'y engager avec l'idée de gagner ou de perdre. Il ne s'agit pas d'un processus soumis aux restrictions du modèle contradictoire, et à mon avis, il ne devrait pas l'être non plus. En définitive, l'objectif n'est pas d'avoir un jury qui serait partial envers l'une ou l'autre partie. Nous voulons des jurés habiles à exercer leurs fonctions, impartiaux, représentatifs et compétents. Le jury n'appartient pas aux parties, mais au public.

[72] Second, while there are various rules and regulations that govern the selection of juries, much of what occurs is rooted in custom. The process must take into account the needs of the people and the special problems that may exist in the locale or region in which the trial is being held. Flexibility is essential, as is common sense, good judgment and good faith on the part of those who play a central role in the process, including judges, Crown and defence counsel, the police, and court administration personnel. In the end, it is essential to keep in mind that from start to finish, the jury selection process is designed to make good on the constitutional promise, enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that everyone charged with an offence has the right to be tried by an independent and impartial tribunal. Attempts by one side or the other to obtain a favourable jury are inimical to that ideal and the parties should be guided by this and conduct themselves accordingly.

V. Application to This Appeal

A. *Issue 1: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness*

[73] Before considering the effect of non-disclosure on trial fairness as it relates to the instant case, I propose to set out the principles that apply when it is discovered, at the appeal stage, that information about prospective jurors which should have been disclosed at trial was not disclosed.

[74] In *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, and *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, this Court set out the principles that apply when information that should have been disclosed at trial is discovered for the first time at the appeal stage. Persons who seek a new trial on the basis that such non-disclosure deprived them of their right to a fair trial under s. 7 of the *Charter* must show that (1) the Crown failed to comply with its disclosure obligations, and (2) there is a reasonable possibility that the failure to disclose affected the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process (*Taillefer*, at para. 71).

[72] Deuxièmement, si divers règlements et règles régissent la sélection du jury, il n'en demeure pas moins qu'elle repose en grande partie sur la coutume. Il est nécessaire que les besoins du public et les problèmes particuliers qui peuvent survenir dans la localité ou dans la région où le procès est tenu soient pris en compte. La souplesse est essentielle, tout comme le bon sens, le discernement et la bonne foi des principaux intervenants dans le processus, dont les juges, le ministère public et l'avocat de la défense, les policiers et les membres du personnel du greffe. Au bout du compte, il est essentiel de ne pas oublier que le processus de sélection des jurés est, du début à la fin, conçu pour honorer la garantie constitutionnelle consacrée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel tout inculpé a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Les efforts qu'une ou l'autre des parties met pour tenter d'obtenir un jury favorable à sa cause sont contraires à cet idéal. Les parties devraient s'en souvenir et agir en conséquence.

V. Application des principes en l'espèce

A. *Question 1 : l'effet de la non-communication sur l'équité du procès*

[73] Avant de me pencher sur l'effet de la non-communication sur l'équité du procès dans le contexte de la présente affaire, je propose d'énoncer les principes qui s'appliquent lorsqu'on découvre, à l'étape de l'appel, que des renseignements concernant des candidats jurés n'ont pas été communiqués lors du procès alors qu'ils auraient dû l'être.

[74] Dans les arrêts *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, et *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, la Cour a énoncé les principes devant être appliqués lorsque des renseignements qui auraient dû être communiqués lors du procès sont découverts pour la première fois à l'étape de l'appel. Ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent établir : (1) que le ministère public ne s'est pas acquitté de ses obligations de communication; (2) qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé sur l'issue ou sur l'équité globale du procès (*Taillefer*, par. 71).

[75] Adapting those principles to the issue at hand, I am of the view that persons who seek a new trial on the basis that non-disclosure of information about potential jurors deprived them of their s. 7 *Charter* right to a fair trial must, at a minimum, establish that: (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted.

[76] In addition to these two steps, as my colleague Karakatsanis J. points out at para. 55 of *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, in the event that the jury would have been differently constituted, it may be that the Crown should then have the opportunity to show, on balance, that the jury was nonetheless impartial. Since the present appeals can be resolved without addressing that issue, I propose to leave it for another day.

[77] For present purposes, I am prepared to accept that the Crown failed in its disclosure obligations. It is on step 2 that the appellants' case founders. As discussed earlier, the Court of Appeal found that there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had the pertinent information obtained from the vetting process been disclosed. Of the prospective jurors considered at the peremptory challenge stage of the proceedings, the Crown had information about 10 of them that it should have disclosed. With respect to those 10 people, Mr. Yumnu is the only appellant who used a peremptory challenge that he might otherwise have saved had he received the disclosure to which he was entitled. That said, each of the appellants, including Mr. Yumnu, had one or more peremptory challenges remaining at the end of the selection process. On the record before it, the Court of Appeal was entitled to come to the conclusion that the jury would not have been composed differently had disclosure been made. I see no basis for interfering with that conclusion. It follows that the

[75] Adaptant ces principes à la question à examiner, j'estime que ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication de renseignements concernant des candidats jurés les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent, à tout le moins, établir : (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment.

[76] Outre ces deux étapes, comme le souligne ma collègue la juge Karakatsanis au par. 55 de *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, dans l'éventualité où le jury aurait été composé différemment, peut-être toutefois 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. Étant donné que les présents pourvois peuvent être tranchés sans aborder cette question, je propose d'attendre une autre occasion pour l'examiner.

[77] Pour les besoins de l'espèce, je suis disposé à admettre que le ministère public a manqué à ses obligations de communication. Or, la thèse des appelants ne franchit pas la deuxième étape. Comme je l'ai souligné précédemment, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si les renseignements pertinents issus de l'avaient été fournis à la défense. De tous les candidats jurés retenus à l'étape des récusations péremptoires du processus, 10 étaient visés par des renseignements que le ministère public aurait dû communiquer. En ce qui concerne ces 10 personnes, M. Yumnu est le seul appellant à s'être prévalu d'une récusation péremptoire qu'il aurait pu conserver si les renseignements auxquels il avait droit lui avaient été communiqués. Cela dit, il restait à chacun des appelants, y compris à M. Yumnu, une ou plusieurs récusations péremptoires à la fin du processus de sélection. Compte tenu du dossier dont elle disposait, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que le jury n'aurait pas été composé

appellants have not met the test, and their argument that the trial was unfair must fail.

B. Issue 2: Appearance of Unfairness

[78] That leaves one issue for discussion — did the Court of Appeal err in concluding that the conduct of the police and the Crown did not result in a miscarriage of justice?

[79] To be clear, when I speak of a miscarriage of justice in this context, I am referring to conduct on the part of the Crown and the police, within and surrounding the jury selection process, that would constitute a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. When conduct of that nature is found to exist, it matters not that the accused may otherwise have had a fair trial; nor is it necessary to find that the accused may have been wrongfully convicted. It is the conduct itself that gives rise to a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered.

[80] With those principles in mind, I turn to the conduct of the Crown and the police in this case to determine whether it crossed the line and resulted in a miscarriage of justice. In concluding that it did not, I begin by reiterating two critical findings made by the Court of Appeal concerning the conduct of the Crown and the police.

[81] First, the court found that despite the scope of the Crown's request in the December 14, 2004 memorandum, the purpose of the police inquiries was to determine whether a prospective juror had a criminal record. Second, the court found that in the circumstances, the impugned conduct did not reveal a colourable use of legitimate criminal record checks to obtain a favourable jury.

différemment s'il y avait eu communication. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Il s'ensuit que les appelants n'ont pas satisfait au test et que leur argument selon lequel le procès était inéquitable doit être rejeté.

B. Question 2 : l'apparence d'iniquité

[78] Il ne reste plus donc qu'une question à trancher : la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la conduite de la police et du ministère public n'a pas entraîné une erreur judiciaire?

[79] Je tiens à préciser que lorsque je parle d'erreur judiciaire dans ce contexte, je fais allusion à la conduite du ministère public et de la police, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, qui constituerait une entrave sérieuse à l'administration de la justice et heurterait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Lorsque les tribunaux concluent à l'existence d'une telle conduite, il importe peu que l'accusé ait subi un procès équitable; il n'est pas non plus nécessaire qu'ils concluent que l'accusé a été déclaré coupable à tort. C'est la conduite même qui est à l'origine de l'erreur judiciaire et qui commande la tenue d'un nouveau procès.

[80] À la lumière de ces principes, j'examinerai la conduite du ministère public et de la police en l'espèce afin de déterminer s'ils sont allés trop loin et si leur conduite a entraîné une erreur judiciaire. Concluant par la négative, je commencerai d'abord en réitérant deux conclusions cruciales de la Cour d'appel concernant la conduite du ministère public et de la police.

[81] Premièrement, la cour a conclu que, malgré la nature des renseignements demandés par le ministère public dans la note du 14 décembre 2004, les recherches demandées à la police visaient à établir si un candidat juré avait un casier judiciaire. Deuxièmement, la cour a conclu que, compte tenu des circonstances, rien n'indiquait que la conduite reprochée constituait une façon détournée d'utiliser des vérifications légitimes du casier judiciaire afin d'obtenir un jury favorable.

[82] Those findings, which were open to the Court of Appeal to make, satisfy me that the record checks were carried out in good faith. There was no attempt on the part of the police or the Crown to uncover information about prospective jurors in an effort to obtain a favourable jury. In its December 14, 2004 memorandum to various police forces, the Crown should not have asked the police to go beyond criminal record checks and use their databases to provide “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror” — although this may not have been clearly understood at the time, given that PM [2005] No. 17, the Practice Memorandum on juror background checks, had not been formalized and did not come into effect until March 31, 2006. Moreover, under the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada and the *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association, inquiries made by the parties for the purpose of exercising a challenge for cause were not prohibited. Be that as it may, certainly there was no attempt by the investigating officer to hide the information he obtained from the record checks, be it criminal record information or information that went beyond that. The additional information was recorded in his notebook and was there for anyone to see, including the five defence counsel who received a copy of his notes six weeks into the trial.

[83] The fact that the Crown and the police were acting in good faith is important — although not determinative — in assessing whether the conduct in question crossed the forbidden line.

[84] That brings me to the nature of the impugned information and the manner in which it was obtained.

[85] I have explained that it was permissible for the police to conduct criminal record checks to determine if a prospective juror was eligible to serve as a juror under provincial law and/or was subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. I have also pointed out that

[82] Ces conclusions, que la Cour d’appel pouvait tirer, me convainquent que la vérification des dossiers a été menée de bonne foi. Ni la police ni le ministère public n’ont tenté d’obtenir des renseignements au sujet des candidats jurés dans le but d’obtenir un jury favorable. Dans la note du 14 décembre 2004 qu’il adressait à différents corps policiers, le ministère public n’aurait pas dû demander à la police d’aller au-delà de la vérification du casier judiciaire en se servant de ses bases de données et de formuler [TRADUCTION] « des commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés » —, quoique, à cette date, il est possible qu’il n’eût pas bien compris qu’il ne pouvait agir ainsi, puisque l’avis de pratique PM [2005] n^o 17, concernant la vérification des antécédents des jurés, n’était pas encore officiel et n’est entré en vigueur que le 31 mars 2006. En outre, suivant le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada et le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien, les enquêtes faites par les parties à des fins de récusation motivée ne sont pas interdites. Quoi qu’il en soit, l’enquêteur n’a certes pas tenté de dissimuler les renseignements obtenus à la suite de la vérification des dossiers, qu’il s’agisse des renseignements sur les antécédents judiciaires ou d’autres renseignements. En effet, les autres renseignements étaient inscrits dans son calepin et étaient à la disposition de tous, notamment des cinq avocats de la défense qui ont reçu une copie de ses notes six semaines après le début du procès.

[83] Le fait que le ministère public et la police aient agi de bonne foi joue un rôle important — mais non décisif — pour savoir s’ils sont allés trop loin dans leur conduite.

[84] Cette réflexion m’amène à examiner la nature des renseignements contestés et la manière dont ils ont été obtenus.

[85] J’ai déjà expliqué que la police peut effectuer une vérification du casier judiciaire afin de déterminer si un candidat juré est habile à remplir les fonctions de juré en vertu d’une loi provinciale ou est susceptible d’être récusé pour l’un des motifs prévus à l’al. 638(1)c) du *Code*. J’ai également

it can be very difficult to discover whether or not a particular person has a criminal record. The use of multiple police databases may be required to make the inquiry meaningful and, even then, certainty will not always be achieved.

[86] In carrying out legitimate criminal record checks, the police are liable to happen upon information that could be relevant to the selection process. As discussed, where that occurs, the police need not turn a blind eye to it. Rather, they should bring it to the Crown's attention and the Crown should disclose it to the defence.

[87] In this case, the investigating officer came upon information of that kind while conducting individual prospective juror record checks. He made it available to the Crown, as he should have. The Crown went wrong in failing to disclose it to the defence prior to the commencement of the selection process.

[88] While the failure to disclose was serious, it was not done for improper reasons. And in the end, according to the findings of the Court of Appeal, it had no impact on the composition of the jury, nor did it affect the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process.

[89] In these circumstances, while the Crown should not have asked the police to use police databases to detect "disreputable persons", and while it should have disclosed to the defence information it received that may have been relevant to the selection process, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

VI. Conclusion

[90] The appellants had a fair trial and I am not persuaded that the proceedings constituted a

souligné qu'il peut s'avérer très difficile de découvrir si une personne donnée possède un casier judiciaire. Ainsi, il peut être nécessaire d'utiliser de multiples bases de données de la police pour que l'enquête soit valable et, même dans ce cas, la certitude ne sera pas toujours acquise.

[86] Lorsqu'elle fait une vérification légitime de casiers judiciaires, la police risque de voir des renseignements qui pourraient être pertinents pour le processus de sélection. Comme je l'ai indiqué, dans ce cas, la police n'est pas tenue de fermer les yeux. Elle doit plutôt porter ces renseignements à l'attention du ministère public qui, lui, doit les communiquer à la défense.

[87] En l'espèce, l'enquêteur est tombé sur ce genre de renseignements pendant qu'il se livrait à la vérification des dossiers de chacun des candidats jurés. Il les a fournis au ministère public, comme il était tenu de le faire. Le ministère public, pour sa part, a eu tort de ne pas les communiquer à la défense avant le début du processus de sélection.

[88] Certes, la non-communication était grave, mais elle n'était pas fondée sur des raisons non valables. Et, au bout du compte, d'après les conclusions de la Cour d'appel, elle n'a eu aucune incidence sur la composition du jury et n'a pas non plus influé sur l'issue ou l'équité globale du procès.

[89] Dans ces circonstances s'il est vrai que le ministère public n'aurait pas dû demander à la police de se servir de ses bases de données pour repérer les [TRADUCTION] « personnes peu recommandables », et qu'il aurait dû communiquer à la défense les renseignements obtenus qui pouvaient être pertinents pour le processus de sélection, je ne suis toutefois pas convaincu que ce qui s'est passé en l'espèce constituait une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société justifiant l'annulation de la procédure pour cause d'erreur judiciaire.

VI. Conclusion

[90] Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable et je ne suis pas convaincu que le processus

miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeals from conviction.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Ibrahim Yumnu: Lafontaine & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Vinicio Cardoso: Hicks Adams, Toronto.

Solicitors for the appellant Tung Chi Duong: Fleming, Breen, 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.

Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, 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.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

constituait une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés à l'encontre des déclarations de culpabilité.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant Ibrahim Yumnu: Lafontaine & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant Vinicio Cardoso: Hicks Adams, Toronto.

Procureurs de l'appelant Tung Chi Duong: Fleming, Breen, 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.

Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, 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.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.