

Anthony Robert Sherratt *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHERRATT

File No.: 21501.

1990: December 13; 1991: March 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Trial — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554, 562, 567.

Criminal law — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge.

Appellant was convicted of killing a pimp. Media publicity was given to the search for and the location of the victim's body, his background and identity, and his involvement in certain killings in the United States. The accused's background was also the subject of some media speculation. These reports occurred approximately nine to ten months prior to the trial of the accused. The accused sought to challenge for cause each potential juror because of the potential for partiality arising from the pre-trial publicity and had prepared a list of eleven questions to be asked of each member of the jury panel. This general challenge was rejected by the trial judge and an appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here is whether the accused was properly denied the ability to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality.

Held: The appeal should be dismissed.

Anthony Robert Sherratt *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHERRATT

^b N° du greffe: 21501.

1990: 13 décembre; 1991: 21 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Procès — Juries — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554, 562, 567.*

^f *Droit criminel — Juries — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récusation?*

L'appelant a été reconnu coupable d'avoir tué un souteneur. La recherche du cadavre de la victime, l'endroit où celui-ci pouvait se trouver, les antécédents et l'identité de la victime ainsi que sa participation à certains homicides aux États-Unis ont fait l'objet de publicité dans les médias. Les médias se sont également livrés à des conjectures sur les antécédents de l'accusé. Les reportages en question ont été diffusés environ neuf ou dix mois avant le procès de l'accusé. L'accusé a tenté de récuser chacun des candidats jurés en raison de la possibilité de partialité résultant de la publicité antérieure au procès et il avait dressé une liste de onze questions à poser à chaque membre du tableau des jurés. Cette récusation générale a été rejetée par le juge du procès et un appel devant la Cour d'appel a également été rejeté. La question en litige est de savoir si c'est à bon droit qu'on a refusé à l'accusé la possibilité de récuser chaque candidat juré pour cause de partialité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, and Cory JJ.: The jury must perform its duties impartially and represent the larger community as far as is possible and appropriate in the circumstances.

The fundamental right to a fair and proper trial is denied where the accused is not allowed to challenge any number of jurors for cause when the grounds of challenge are properly specified. Counsel is entitled to determine whether any potential juror is, by reason of the pre-trial publicity and the notoriety of the appellant, sufficiently impartial. The trial judge cannot, in the exercise of his discretion in the area of admitting grounds of challenge for cause and settling the questions, effectively curtail the statutory right to challenge for cause. That trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empanelling of an impartial jury.

An accused does not have the right to a favourable jury and the selection procedure cannot be used to thwart the representativeness that is essential to the proper functioning of a jury. Peremptory challenges, however, are justified on a number of grounds even though they, along with the Crown's right to stand aside, can be used to alter somewhat the degree to which the jury represents the community. Challenges for cause are properly used to rid the jury of prospective members who are not indifferent or who otherwise fall within s. 567 of the *Criminal Code*, but they stray into illegitimacy if used merely, without more, to over- or under-represent a certain class in society or as a "fishing expedition" in order to obtain personal information about the juror. Information obtained on an ultimately unsuccessful challenge for cause may, however, lead the challenger to exercise the right to challenge peremptorily or to stand aside the particular juror.

The issue raised in a challenge for cause is tried by a "mini-jury" of two jurors or two prospective jurors if no jurors have been sworn. Section 567 of the *Criminal Code* places little, if any, burden on the challenger. On the other hand, a reasonable degree of control must be retained by the trial judge and, thus, some burden placed

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory: Le jury doit remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité.

Il y a négation du droit fondamental à un procès équitable et régulier chaque fois qu'on ne permet pas à l'accusé de récuser pour cause n'importe quel nombre de jurés lorsque les motifs de la récusation sont bien précisés. L'avocat a le droit de déterminer si un candidat juré est, en dépit de la publicité antérieure au procès et de la notoriété de l'appelant, suffisamment impartial. Le juge du procès, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il a de décider s'il y a lieu de retenir les motifs de récusation avancés et de régler les questions posées, ne saurait restreindre en fait le droit de récusation motivée prévu par la loi. Le fait que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment ne saurait l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial.

L'accusé n'a pas droit à un jury favorable à sa cause et on ne peut avoir recours à la procédure de sélection pour contrecarrer la représentativité qui est essentielle au bon fonctionnement d'un jury. Les récusations péremptoires se justifient toutefois par un certain nombre de motifs, même si, de la même façon que le droit du ministère public d'exiger la mise à l'écart de jurés, elles peuvent être utilisées pour changer jusqu'à un certain point la mesure dans laquelle le jury représente la collectivité. Les récusations motivées empêchent légitimement le jury d'être composé de membres qui ne sont pas impartiaux ou qui, autrement, relèvent de l'art. 567 du *Code criminel*. Elles glissent toutefois dans l'illégitimité dès qu'on y recourt à la seule fin d'assurer la représentation excessive ou insuffisante d'une certaine classe sociale ou pour entreprendre une «expédition de pêche» destinée à obtenir des renseignements personnels sur le juré. Des renseignements obtenus par suite d'une récusation motivée qui est finalement rejetée peuvent toutefois amener l'auteur de la récusation à exercer son droit de récuser péremptoirement le juré en question ou de le mettre à l'écart.

La question soulevée dans le cadre d'une récusation motivée est décidée par un «mini-jury» composé de deux jurés, ou de deux candidats jurés si aucun juré n'a été assermenté. L'article 567 du *Code criminel* impose peu ou point d'obligation à l'auteur de la récusation. Par ailleurs, le juge du procès doit conserver un degré rai-

upon the challenger to ensure that the selection of the jury occurs in a manner that is in accordance with the principles here articulated and also to ensure that sufficient information is imparted to the trial judge such that the trial of the truth of the challenge is contained within permissible bounds. Thus, while there must be an "air of reality" to the application, it need not be an "extreme" case. The real question to be decided here was whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused.

A valuable distinction might be drawn in pre-trial publicity cases between mere publication of the facts of a case and situations where the media misrepresents the evidence, dredges up and widely publicizes discreditable incidents from an accused's past or engages in speculation as to the accused's guilt or innocence. It may well be that the pre-trial publicity or other ground of alleged partiality will, in itself, provide sufficient reasons for a challenge for cause. The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed.

Per Stevenson J.: Concurrence with the reasons and disposition of L'Heureux-Dubé J. was restricted to the main ground of the appeal: whether the trial judge had usurped the function of triers of facts in dealing with challenges for cause. Where counsel seeks to invoke the right to challenge each juror the trial judge is to be satisfied that there is some foundation to the challenge. Here the challenge for cause on the basis of pre-trial publicity was groundless. Giving some rational basis for exercising the peremptory challenge is not a permissible ground for challenging for cause.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, aff'd [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Guérin and Pimparé* (1984), 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Zundel (No. 1)* (1987),

sonnable de contrôle et il doit en conséquence incomber, dans une certaine mesure, à l'auteur de la récusation de veiller à ce que la sélection des jurés se déroule en conformité avec les principes énoncés en l'espèce et de veiller également à ce que soient communiqués au juge du procès des renseignements suffisants pour que la vérification du bien-fondé de la récusation ait lieu dans des limites acceptables. Donc, si la requête doit «paraître réaliste», il ne doit pas nécessairement s'agir d'un cas «extrême». La véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir si la publicité particulière et la notoriété de l'accusé risqueraient de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé.

Une distinction utile pourrait être établie, pour les cas de publicité antérieure au procès, entre la simple publication des faits d'une cause et les situations où les médias dénaturent la preuve, déterrent le passé de l'accusé, et diffusent largement des incidents tendant à le discréditer, ou se livrent à des conjectures quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Il se peut bien que la publicité antérieure au procès, ou tout autre motif de partialité qu'on a pu avancer, suffise en soi pour justifier une récusation motivée. La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant.

Le juge Stevenson: L'opinion souscrivant aux motifs et à la conclusion du juge L'Heureux-Dubé se limite au moyen principal d'appel: le juge du procès a-t-il usurpé la fonction des juges des faits en traitant des récusations motivées? Lorsque l'avocat cherche à invoquer le droit de récuser chaque juré, le juge du procès doit être convaincu que la récusation a un fondement quelconque. En l'espèce la récusation motivée par la publicité antérieure au procès était sans fondement. Le fait qu'elle permet d'établir un motif rationnel de procéder à la récusation péremptoire ne peut pas légitimement fonder une récusation motivée.

i Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, conf. par [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305; *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, autorisation

31 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused [1987] 1 S.C.R. xii; referred to: *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412.

By Stevenson J.

Applied: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554 [am. S.C. 1985, c. 19, s. 128], 562 [am. S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 10], 563, 567 [am. S.C. 1977-78, c. 36, s. 1], 569.

Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12.

Authors Cited

Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.

Blake, Nicholas. "The Case for the Jury." In Mark Findlay and Peter Duff, eds., *The Jury Under Attack*. London: Butterworths, 1988.

Canada. Law Reform Commission. *Studies on the Jury*. "Jury Selection", by Perry Schulman and Edward Myers. Ottawa: Law Reform Commission, 1979.

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

Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens, 1965.

Gold, Alan. "The Jury in the Criminal Trial." In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.

Moore, Lloyd E. *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1989.

United Kingdom. *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. (Morris Committee.) Cmnd. 2627. London: H. M. Stationery Office, 1965.

de pourvoi refusée [1987] 1 R.C.S. xii; **arrêt mentionné:** *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412.

a Citée par le juge Stevenson

Arrêt appliqué: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

b Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554 [mod.

c S.C. 1985, ch. 19, art. 128], 562 [mod. S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 10; S.C. 1985, ch. 19, art. 185, Annexe III, N° 15], 563, 567 [mod. S.C. 1977-78, ch. 36, art. 1], 569.

Juries Act, S.N.S. 1969, ch. 12.

d *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14).

Doctrine citée

e Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.

f Blake, Nicholas. «The Case for the Jury.» In Mark Findlay and Peter Duff, eds., *The Jury Under Attack*. London: Butterworths, 1988.

g Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le jury*. «La sélection des jurés», par Perry Schulman et Edward Myers. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1979.

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

h Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens, 1965.

Gold, Alan. «Le jury dans le procès pénal.» Dans Vincent M. Del Buono; éd., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1983.

i Moore, Lloyd E. *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1989.

j United Kingdom. *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. (Morris Committee.) Cmnd. 2627. London: H. M. Stationery Office, 1965.

Vidmar, Neil and Julius Melnitzer. "Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause" (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 58 Man. R. (2d) 145, 49 C.C.C. (3d) 237, dismissing an appeal from conviction by Jewers J. sitting with jury. Appeal dismissed.

G. Greg Brodsky, Q.C., for the appellant.

Gregg Lawlor, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The sole issue raised by this case is the proper interpretation of the challenge for cause provisions found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. More specifically, the question is whether the accused in this case was properly denied the ability to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality or, in the words of the section, non-indifference.

Facts

The accused was charged and convicted in the killing of a pimp by the name of Tommy T. The nature of the dispute between the two men and the facts surrounding the actual killing of Tommy T. are not in issue here. Of importance to the legal question raised are the facts surrounding the search for the victim's body.

The crime was committed in Winnipeg, Manitoba, but the accused was picked up for questioning in Dryden, Ontario. On this occasion, he informed the police that he had killed Tommy T. A more detailed statement was given by the accused upon questioning by the Winnipeg police authorities. He told the police about the nature of the dispute between the two men and described the circumstances surrounding the actual killing. According to the accused's statement to the Winnipeg police, he had disposed of the body in a commercial garbage bin. Unfortunately, by the

Vidmar, Neil and Julius Melnitzer. «Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause» (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 58 Man. R. (2d) 145, 49 C.C.C. (3d) 237, qui a rejeté un appel contre un verdict de culpabilité rendu par le juge Jewers siégeant avec un jury. Pourvoi rejeté.

G. Greg Brodsky, c.r., pour l'appellant.

Gregg Lawlor, pour l'intimée.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La seule question que soulève ce pourvoi concerne l'interprétation des dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, relatives à la récusation motivée. Plus précisément, la question est de savoir si on a eu raison de nier à l'accusé en l'espèce la possibilité de récuser chaque candidat juré pour cause de partialité ou, selon les mots de la disposition applicable, pour absence d'impartialité.

Les faits

L'accusé a été inculpé et reconnu coupable du meurtre d'un souteneur nommé Tommy T. Ni la nature du différend entre les deux hommes ni les faits reliés à l'homicide lui-même ne sont en cause ici. L'important, en ce qui concerne la question de droit dont nous sommes saisis, ce sont les circonstances dans lesquelles s'est déroulée la recherche du corps de la victime.

Le crime a été commis à Winnipeg (Manitoba), mais c'est à Dryden (Ontario) qu'on a appréhendé l'accusé à des fins d'interrogatoire. À cette occasion, il a dit à la police avoir tué Tommy T. L'accusé a fait une déclaration plus détaillée quand il a été soumis à un interrogatoire par la police de Winnipeg. Il a en effet informé la police de la nature du différend entre lui et la victime et a relaté les circonstances de l'homicide lui-même. Selon la déclaration qu'il a faite à la police de Winnipeg, l'accusé avait jeté le cadavre dans un contenant à ordures commercial. Malheureu-

time the accused was transported back to Manitoba, the bin in question had been emptied. As a result, the police searched the local land fill site in hopes of locating the body. This search was the subject of some publicity by the media. The media raised questions about the location of the body and about the background and identity of the victim and his involvement in certain killings in the United States. The background of the accused was also apparently the subject of some media speculation. The reports in the media occurred approximately nine to ten months prior to the trial of the accused.

It is against this factual background that the legal question must be analyzed.

Relevant statutory provisions

Narrowly, only *Criminal Code* s. 567(1)(b) (now s. 638(1)(b)) is relevant to the disposition in this case. However, for ease of reference and in the interest of clarity, I will set out other *Criminal Code* provisions regarding the empanelling of a jury in the criminal context.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended:

554. (1) A person who is qualified as a juror according to, and summoned as a juror in accordance with, the laws of a province is qualified to serve as a juror in criminal proceedings in that province.

562. (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

563. (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the accused to stand by until all the jurors have been called

sement, quand l'accusé a finalement été ramené au Manitoba le contenant en question avait été vidé. La police a, en conséquence, fouillé le dépotoir local dans l'espoir de découvrir le cadavre, fouille qui a fait l'objet d'une certaine publicité dans les médias. Ceux-ci ont soulevé des questions concernant l'endroit où se trouvait le cadavre, les antécédents et l'identité de la victime ainsi que sa participation à certains meurtres aux États-Unis. Il semble, en outre, que les médias se soient livrés à des conjectures sur les antécédents de l'accusé. Les reportages ont été diffusés dans les médias environ neuf ou dix mois avant le procès de l'accusé.

C'est dans ce contexte factuel que doit être abordée la question de droit.

Les dispositions législatives pertinentes

À strictement parler, seul l'al. 567(1)(b) (maintenant l'al. 638(1)(b)) du *Code criminel* est pertinent aux fins de statuer sur le présent pourvoi. Toutefois, par souci de commodité et de clarté, je reproduis d'autres dispositions pertinentes du *Code criminel* portant sur la formation de la liste du jury dans le contexte criminel.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, et modifications

554. (1) Sont 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 et sont assignées en conformité avec celle-ci.

562. (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement de plus de cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

563. (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les

who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

567. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

(a) the name of the juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused,

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

569. (1) Where the ground of a challenge is that the name of a juror does not appear on the panel, the issue shall be tried by the judge on the *voir dire* by the inspection of the panel, and such other evidence that the judge thinks fit to receive.

(2) Where the ground of a challenge is one not mentioned in subsection (1), the two jurors who were last sworn, or if no jurors have then been sworn, two persons present whom the court may appoint for the purpose, shall be sworn to determine whether the ground of challenge is true.

(3) Where the finding, pursuant to subsection (1) or (2) is that the ground of challenge is not true, the juror shall be sworn, but if the finding is that the ground of challenge is true, the juror shall not be sworn. [Emphasis added.]

jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récuse un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récuse péremptoirement ou pour cause.

567. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne doit être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

d) qu'un juré est un étranger,

e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

(2) Nulle récusation motivée n'est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

569. (1) Lorsque le motif d'une récusation est que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, la question est décidée par le juge sur *voir dire* par consultation de la liste et d'après telle autre preuve qu'il juge à propos de recevoir.

(2) Lorsque le motif d'une récusation en est un que ne mentionne pas le paragraphe (1), les deux derniers jurés assermentés ou, si aucun juré n'a encore été assermenté, deux personnes présentes que la cour peut nommer à cette fin, sont assermentées pour vérifier si le motif de récusation est fondé.

(3) Lorsque la conclusion obtenue selon le paragraphe (1) ou (2) est que le motif de récusation n'est pas fondé, le juré est assermenté, mais si la conclusion est que le motif de récusation est fondé, le juré n'est pas assermenté. [Je souligne.]

Judgments*Court of Queen's Bench (Jewers J.)*

At trial, in May, 1988, counsel for the accused informed the judge that he wished to challenge for cause each prospective juror on the ground that they were not "indifferent between the Queen and the accused". The allegation of potential partiality was based upon the pre-trial publicity described above. Counsel for the accused had prepared a list of eleven questions which he desired to put to each member of the jury panel. He argued that the speculation in the media went to the background and character of the accused and, hence, could prove prejudicial absent individual questioning of the prospective jurors on the basis of the eleven questions.

The Crown responded that the pre-trial publicity could not form the basis for the accused's challenge as it had occurred some nine or ten months prior to trial. Further, it was the Crown's contention that the media reports were not prejudicial as they failed to establish any connection between the search and discovery of the body of Tommy T. and the arrest of the accused.

The trial judge was not persuaded by the arguments of the accused and rejected the general challenge on the ground of partiality. He concluded in this fashion:

Well, in this particular case, first of all I don't really have any evidence as to the type or the extent of the publicity that was given to this case, unless I can take judicial notice of it which I do not think I can do.

However I am not persuaded on the basis of what has been told to me that there has been so much publicity about the case, and in particular so much publicity about the notoriety surrounding the accused, that this is a case which would call for the questioning of jurors prior to their being sworn in.

Les jugements*Cour du Banc de la Reine (le juge Jewers)*

Au procès, en mai 1988, l'avocat de l'accusé a fait part au juge de son désir de récuser chaque candidat juré pour le motif qu'il n'était pas «impartial entre la Reine et l'accusé». L'allégation de partialité potentielle reposait sur la publicité, évoquée précédemment, qui avait entouré l'affaire avant le procès. L'avocat de l'accusé avait dressé une liste de onze questions qu'il souhaitait poser à chaque membre du tableau des jurés. Suivant son argument, les conjectures des médias portaient sur les antécédents et la réputation de l'accusé et pourraient, en conséquence, s'avérer préjudiciables si ces onze questions n'étaient pas posées à chaque candidat juré.

Le ministère public a répliqué que la récusation par l'accusé ne pouvait se fonder sur la publicité antérieure au procès puisqu'elle remontait à environ neuf ou dix mois avant le procès. Le ministère public a fait valoir, en outre, que les reportages dans les médias n'avaient rien de préjudiciable étant donné qu'ils n'avaient établi aucun lien entre la recherche et la découverte du cadavre de Tommy T., d'une part, et l'arrestation de l'accusé, d'autre part.

Le juge du procès, non convaincu par les arguments de l'accusé, a rejeté la récusation générale fondée sur la partialité. Il a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Bien, dans le cas présent, tout d'abord, je ne dispose en réalité d'aucun élément de preuve quant au type et à l'ampleur de la publicité qui a entouré cette affaire, à moins qu'il ne me soit permis d'en prendre connaissance d'office, ce que je ne crois pas pouvoir faire.

Toutefois, sur la base des représentations qui m'ont été faites, je ne suis pas convaincu que l'affaire a fait l'objet de tant de publicité et, en particulier, de tant de publicité concernant la notoriété de l'accusé, qu'il y a lieu en l'espèce de soumettre les jurés à un interrogatoire avant qu'ils ne soient assermentés.

I am just not persuaded that this is a case where we should go to the extraordinary process of questioning the jurors, and so the application is dismissed.

Of course if there is some specific reason to challenge a jury on the grounds of impartiality or lack of impartiality, or any other reason, I naturally would be prepared to entertain that. . . . [Emphasis added.]

Court of Appeal (Huband J.A. for the majority, O'Sullivan J.A. in dissent) (1989), 58 Man. R. (2d) 145

On appeal to the Court of Appeal, the accused alleged a number of errors in the trial judge's charge to the jury. Since this is an appeal as of right, arising out of the dissent on a point of law at the Court of Appeal, none of these issues is relevant here. As stated at the outset, the only issue in this appeal is the propriety of the procedure adopted by the trial judge regarding the accused's request to challenge for cause each prospective juror on the basis of partiality.

The majority of the Court of Appeal considered at length the argument of the accused that the trial judge should have allowed individual questioning of the prospective jurors rather than acceding to the request of the Crown that, in the circumstances of the case, the alleged partiality was properly dealt with through a general admonition by the trial judge. Huband J.A., for the majority, pointed out that the trial judge: (1) did not close the challenge procedure off completely but held that challenges on "proper" grounds could proceed, (2) told all members of the panel that if any of them had formed a steadfast opinion about the guilt or innocence of the accused, they should excuse themselves and, (3) only after this instruction allowed the selection to begin.

In concluding that the accused could not succeed on this ground, the majority relied heavily upon the reasons of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, and this Court's subsequent endorsement of those reasons found at [1977]

Je ne suis tout simplement pas convaincu qu'on devrait en l'espèce avoir recours au processus extraordinaire d'interrogatoire des jurés et la requête visant à le faire est donc rejetée.

Bien sûr, s'il existe une raison particulière de récuser un juré pour cause d'impartialité ou d'absence d'impartialité, ou pour tout autre cause je suis naturellement prêt à la prendre en considération. . . [Je souligne.]

Cour d'appel (le juge Huband pour la majorité, le juge O'Sullivan dissident) (1989), 58 Man. R. (2d) 145

En appel devant la Cour d'appel, l'accusé a allégué l'existence d'un certain nombre d'erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury. Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit par suite d'une dissidence en Cour d'appel sur un point de droit, aucune de ces questions n'est pertinente aux fins de la présente analyse. Ainsi que je l'ai affirmé au départ, ce pourvoi soulève uniquement la question de la régularité de la procédure suivie par le juge du procès concernant la requête de l'accusé visant à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité.

La majorité de la Cour d'appel a longuement examiné l'argument de l'accusé voulant que le juge du procès eût dû permettre que les candidats jurés soient interrogés individuellement plutôt que de retenir le point de vue du ministère public selon lequel une mise en garde générale de la part du juge du procès était, dans les circonstances, la mesure qui convenait face à la partialité reprochée. Le juge Huband, s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer que le juge du procès: (1) n'avait pas complètement exclu la récusation, mais avait estimé que des récusations fondées sur des motifs [TRADUCTION] «valables» pourraient avoir lieu, (2) avait dit aux jurés figurant au tableau que tous ceux d'entre eux qui, le cas échéant, s'étaient formé une opinion ferme quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé devaient se récuser, et (3) n'a permis que le processus de sélection commence qu'après avoir donné cette directive.

Pour conclure que ce moyen de l'accusé ne pouvait être retenu, la majorité s'est appuyée fortement sur les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, ainsi que sur l'approbation de ces motifs exprimée ulté-

2 S.C.R. 267. Huband J.A. noted that in *Hubbert, supra*, the Ontario Court of Appeal reasoned that pre-trial publicity should not normally form the basis of a general challenge for cause. At page 150 the majority stated:

Relying upon the **Hubbert** case, the learned trial judge was right in exercising his discretion to refuse challenge for cause on the basis of pretrial publicity. He was right to refuse to allow challenge on the basis of the other questions contained on the list, since, in the main, these matters were covered by his general remarks. In controlling the process as he did, in my opinion the learned trial judge did not interfere in any way with the right of the accused to a fair trial before an impartial jury.

Huband J.A. went on to discuss the case law subsequent to *Hubbert, supra*. He noted that this Court's reasons in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, might be construed as limiting the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*. The majority concluded, however, that *Barrow, supra*, should not be read in this fashion.

O'Sullivan J.A., in dissent, disagreed with the majority's interpretation of this Court's reasons in *Barrow, supra*, and held that the trial judge proceeded improperly in rejecting the general challenge by the accused. He also felt that the majority failed to consider adequately what was said by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Guérin and Pimparé* (1984), 13 C.C.C. (3d) 231. O'Sullivan J.A. quoted extensively from the three opinions rendered in *Guérin and Pimparé, supra*, and concluded that they cast doubt on the propriety of the procedure adopted in the present case. In attempting to reconcile what he felt were the conflicting judgments in *Barrow, supra*, *Guérin and Pimparé, supra*, and *Hubbert, supra*, O'Sullivan J.A. stated, at p. 155:

If the law were left in the state where the Ontario Court of Appeal ruled one way and the Quebec Court of Appeal ruled another, I would have been inclined to follow the Ontario Court of Appeal supported as it is by

rieurement par notre Cour à [1977] 2 R.C.S. 267. Le juge Huband a noté que, dans l'arrêt *Hubbert*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario avait adopté comme raisonnement que la publicité antérieure au procès ne devrait pas normalement servir de fondement à une récusation motivée générale. À la page 150, la majorité affirme:

[TRADUCTION] C'est avec raison que le juge du procès, s'appuyant sur l'arrêt **Hubbert**, a exercé son pouvoir discrétionnaire d'écarter la récusation fondée sur la publicité antérieure au procès. C'est avec raison qu'il a refusé de permettre la récusation fondée sur les autres questions figurant sur la liste, puisque, pour l'essentiel, ces questions avaient été traitées dans ses observations générales. Je crois qu'en contrôlant le processus comme il l'a fait, le juge du procès n'a nullement porté atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial.

Le juge Huband a ensuite examiné la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Hubbert*, précité. Il a fait observer que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, pourraient s'interpréter comme limitant la portée des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Hubbert*, précitée. La majorité a cependant conclu que ce n'est pas ainsi qu'il fallait interpréter l'arrêt *Barrow*, précité.

Le juge O'Sullivan, dissident, a exprimé son désaccord avec la majorité quant à l'interprétation à donner aux motifs de notre Cour dans l'arrêt *Barrow*, précité, et il a conclu que le juge du procès avait agi irrégulièrement en rejetant la récusation générale demandée par l'accusé. Il a estimé, en outre, que la majorité n'avait pas tenu suffisamment compte des propos de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305. Le juge O'Sullivan a cité abondamment les trois opinions déposées dans l'affaire *Guérin*, précitée, et a conclu qu'elles soulevaient des doutes quant à la régularité de la procédure adoptée dans la présente instance. En tentant de concilier les jugements, contradictoires d'après lui, dans les affaires *Barrow*, *Guérin* et *Hubbert*, précitées, le juge O'Sullivan dit, à la p. 155:

[TRADUCTION] Si le droit était resté dans l'état où la Cour d'appel de l'Ontario avait statué dans un sens et la Cour d'appel du Québec dans l'autre, j'aurais été porté à suivre la Cour d'appel de l'Ontario, dont l'arrêt est

the remarks of the Supreme Court itself in dismissing the appeal from it. . . .

However, I am confronted with the judgment of Dickson, C.J.C. . . .

It is true that it may be said that what Dickson, C.J.C., said in *Barrow*, supra, is obiter dictum; it is nevertheless entitled to our respect and we should follow the dicta in the absence of some special reason not to do so.

O'Sullivan J.A., in reliance on his interpretation of *Barrow*, supra, concluded that the trial judge was indeed in error in rejecting the requested challenge in this case and would have ordered a new trial.

Issues

While the appellant sets out three issues arising from the dissent at the Court of Appeal, they all have at their core the proper interpretation and application of the challenge for cause provisions of the *Criminal Code*. Therefore, as I mentioned at the outset, this is the sole issue that will be addressed in these reasons.

Analysis

The Criminal Code Procedure Regarding the Empanelling of a Jury

In order to place the issue raised by this case within its proper context, I will examine the *Criminal Code* provisions governing the empanelling of juries. Prior, however, to this discussion I will briefly describe the role of provincial legislation in the area of jury selection.

Jury selection has both federal and provincial aspects. Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament jurisdiction over "The Criminal Law" including "the Procedure in Criminal Matters". Section 92(14) awards to the provinces jurisdiction over "The Administration of Justice in the Province". "Out-of-court" selection, i.e., selection of those individuals who are able to serve as jurors, is typically governed by the provincial Jury Acts. (For a good summary of provincial legislation in this regard see

appuyé par les observations qu'a faites la Cour suprême elle-même en rejetant le pourvoi formé contre celui-ci

Je dois cependant tenir compte des motifs du juge en chef Dickson. . . .

Certes, on peut prétendre que ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'affaire *Barrow*, précitée, est un obiter. Il s'agit, néanmoins, d'une opinion qui mérite notre respect et que nous devons suivre en l'absence d'une raison particulière de ne pas le faire.

S'appuyant sur son interprétation de l'arrêt *Barrow*, précité, le juge O'Sullivan a conclu que c'était bel et bien à tort que le juge du procès avait rejeté la demande de récusation en l'espèce et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Les questions en litige

Bien que l'appelant formule trois questions découlant de l'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel, elles concernent toutes, au fond, l'interprétation et l'application des dispositions du *Code criminel* relatives à la récusation motivée. Par conséquent, comme je l'ai mentionné au départ, c'est là l'unique question qui sera abordée dans ces motifs.

Analyse

La procédure de formation de la liste du jury prévue dans le Code criminel

Afin de situer dans son contexte la question soulevée ici, j'examinerai les dispositions du *Code criminel* régissant la formation de la liste du jury. Avant d'entreprendre cette étude, toutefois, j'exposerai brièvement le rôle de la législation provinciale dans la sélection des jurés.

La sélection des jurés comporte à la fois des aspects fédéraux et des aspects provinciaux. Aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence relativement au «droit criminel», y compris «la procédure en matière criminelle». Le paragraphe 92(14) attribue aux provinces compétence à l'égard de «l'administration de la justice dans la province». La sélection «pré-judiciaire», c.-à-d. la sélection des personnes aptes à remplir la fonction de juré, relève normalement des lois

Schulman and Myers, "Jury Selection", in *Studies on the Jury*, Law Reform Commission of Canada (1979), at p. 395.) Jurisdictional conflict in this area is avoided through s. 554(1) (now s. 626) of the *Criminal Code* which provides that the jury panel will be selected from lists drawn up according to the relevant provincial legislation.

The "in-court" selection procedure is a matter falling within the jurisdiction of Parliament and is dealt with at length in the *Criminal Code*. This Court has previously considered the respective ability of the provinces and Parliament to legislate in this area in *R. v. Barrow*, *supra*.

In setting out a summary of the *Criminal Code* provisions I have gained a large measure of assistance from the work of Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed.) (See also "The Jury in the Criminal Trial" by Alan Gold in Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*). Immediately after an accused has pleaded to the charge the empanelling of a jury begins. Very simply, if no successful challenge is made to the initial array, the names of the jurors will be drawn at random. As each prospective juror is called, either the accused or the Crown can challenge the juror, either peremptorily or for cause, or the Crown can direct the juror to stand aside. If no successful challenge is made and neither side exercises its ability to reject or stand aside, the juror will be sworn. The form of challenge that we are concerned with here, a challenge to the poll, is a challenge directed against individual jurors. This type of challenge can be either peremptory, without any grounds, or for cause.

Section 562 (now s. 633) of the *Criminal Code* deals with peremptory challenges by an accused. It provides that an accused has a varying number of peremptory challenges depending upon the nature of the sentence that can be imposed. An accused charged with high treason or first degree murder is allowed twenty peremptory challenges. If the offence charged is not caught by the above category but is one for which imprisonment for a term greater than five years is possible, the accused is allowed 12 peremptory challenges. Any accused not falling within

provinciales sur le jury. (Pour un bon résumé de la législation provinciale dans ce domaine, voir Schulman et Myers, «La sélection des jurés», dans *Études sur le jury*, Commission de réforme du droit du Canada (1979), à la p. 443.) Pour parer aux conflits de compétence en la matière, l'art. 554(1) (maintenant l'art. 626) du *Code criminel* dispose que le tableau des jurés est établi à partir de listes dressées en conformité avec la loi provinciale applicable.

Quant au processus de sélection «à l'audience», il relève de la compétence du Parlement et est exposé en détail dans le *Code criminel*. Notre Cour s'est déjà penchée, dans l'arrêt *R. c. Barrow*, précité, sur la compétence respective des provinces et du fédéral pour légiférer dans ce domaine.

L'ouvrage de Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 5^e éd., m'a été d'une grande assistance pour résumer les dispositions du *Code criminel* (voir aussi «Le jury dans le procès pénal» d'Alan Gold, dans *Procédure pénale au Canada*, Vincent M. Del Buono, éd.). Dès que l'inculpé a enregistré son plaidoyer à l'accusation, la formation de la liste du jury commence. Très simplement, si on ne réussit pas à récuser le premier tableau, les noms des jurés seront tirés au sort. Chaque candidat juré dont le nom est appelé peut être récuser par l'accusé ou par le ministère public, péremptoirement ou pour cause, ou encore le ministère public peut ordonner au juré de se tenir à l'écart. Si on ne parvient pas à le récuser et que ni l'une ni l'autre partie ne se prévaut de la possibilité de le rejeter ou de le mettre à l'écart, le juré est assermenté. La forme de récusation dont il est question dans la présente instance est celle visant certains jurés pris individuellement. Elle peut être soit péremptoire et non motivée, soit motivée.

L'article 562 (maintenant l'art. 633) du *Code criminel* traite de récusations péremptoires par l'accusé. Il dispose que le nombre de récusations péremptoires que peut effectuer l'accusé varie en fonction de la nature de la peine pouvant lui être infligée. Ainsi, l'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a droit à vingt récusations péremptoires. S'il s'agit d'une infraction qui ne tombe pas dans la catégorie susmentionnée, mais qui peut entraîner un emprisonnement de plus de cinq ans, l'accusé a droit à douze récusations péremptoires.

the two previous categories is allowed four peremptory challenges.

The ability of the Crown to challenge peremptorily or, alternatively, stand aside jurors, is found in s. 563(1) (now s. 634(1)) of the *Code*. While the Crown can only challenge peremptorily four times, it is allowed to stand aside 48 jurors. The ability of the Crown to stand aside jurors is, in some respects, similar to an accused's ability to challenge for cause except that the challenge is postponed until it is determined that a full jury cannot be formed without those asked to stand aside. The right of the Crown to stand aside jurors, though it appears somewhat anomalous in the present legislative scheme, finds its origin in the fact that, at common law, the Crown was given no ability to challenge peremptorily. (The Law Reform Commission of Canada in *The Jury in Criminal Trials*, Working Paper 27 (1980), recommended the abolition of "stand-asides", to be replaced with peremptory challenges in the same number as is allowed the accused in any given case.)

Section 563(3) (now s. 634(3)) of the *Code* provides that the accused must determine whether he or she will challenge a juror for cause or otherwise before the Crown can be called upon to make a decision as regards the particular juror.

As far as challenges for cause are concerned, both the accused and the Crown have a theoretically unlimited ability to challenge for cause. Section 567(1) (now s. 638(1)) sets out the exclusive grounds upon which a challenge for cause can be made. Under s. 569 (now s. 640) the trial of the truth of the challenge for cause is heard by the last two jurors sworn. If no jurors have yet been sworn, then two prospective jurors are appointed by the Court to hear and decide the challenge. If these triers decide that the challenge is valid, the juror will not be sworn. If, however, they find that the challenge is groundless, the juror must be sworn unless either side decides to exercise a peremptory challenge or stand aside. The

L'accusé inculpé d'une infraction qui ne tombe dans ni l'une ni l'autre des deux catégories qui précèdent a droit à quatre récusations péremptoires.

^a C'est le par. 563(1) (maintenant le par. 634(1)) du *Code* qui habilite le ministère public à récuser péremptoirement les jurés ou, subsidiairement, à les mettre à l'écart. Quoique le ministère public n'ait droit qu'à quatre récusations péremptoires, il peut mettre 48 jurés à l'écart. La capacité du ministère public de mettre des jurés à l'écart correspond, sous certains aspects, à celle de l'accusé de récuser pour cause, sauf que la récusation est reportée jusqu'à ce qu'il soit déterminé qu'il est impossible de former un jury complet sans avoir recours aux jurés auxquels on a demandé de se tenir à l'écart. Bien qu'il semble constituer une certaine anomalie dans le régime législatif actuel, le droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart tire son origine du fait qu'en common law le ministère public n'avait aucun pouvoir de récusation péremptoire. (Dans *Le jury en droit pénal*, document de travail 27 (1980), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'abolition des «mises à l'écart» et leur remplacement par le même nombre de récusations péremptoires que celui auquel a droit l'accusé dans un cas donné.)

^f Suivant le par. 563(3) (maintenant le par. 634(3)) du *Code*, l'accusé doit décider s'il va récuser un juré péremptoirement ou pour cause avant qu'on ne puisse demander au ministère public de prendre une décision concernant le juré en question.

^h Théoriquement, aucune restriction n'est imposée au pouvoir de l'accusé ou du ministère public d'effectuer des récusations motivées. Les seuls motifs pour lesquels une récusation motivée peut être effectuée se trouvent énumérés au par. 567(1) (maintenant le par. 638(1)). Aux termes de l'art. 569 (maintenant l'art. 640), ce sont les deux derniers jurés assermentés qui vérifient le bien-fondé de la récusation motivée. Si aucun juré n'a encore été assermenté, le tribunal nomme alors deux candidats jurés pour entendre la récusation et rendre une décision à ce sujet. Si ces vérificateurs jugent la récusation fondée, le juré n'est pas assermenté. Si, par contre, ils la jugent non fondée, le juré doit être assermenté, à

decision of the triers is final and no appeal lies therefrom.

This, in brief, is the larger context within which a challenge for cause can arise. This context and the proper interpretation of the text of the legislation governing the empanelling procedure are important in a resolution of the question before this Court. The bare words of the provisions provide little guidance, however, without an examination of the history and principles underlying them.

The Evolution of the Modern Jury

A brief overview of the evolution of the jury serves to bring into sharp relief the important functions that juries serve. These functions and the principles that inform them play a crucial role in the consideration of the issue presently before this Court.

While the exact origin of the jury, as we now know it, is difficult to trace, it is commonly believed that most early societies possessed some sort of adjudicative structure similar in form and purpose to that which serves our system today. Moore, in a comprehensive examination of the history of the jury, *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*, records the use of jury-like bodies as early as the time of Solon in the 7th and 6th centuries B.C. The most democratic of these early institutions were the Athenian general assemblies. The forebearer of our modern jury, however, is widely thought to be the Frankish *inquisitio* whereby local men, with knowledge of the matter in dispute, swore to tell the truth upon a question put to them by the judge. Only matters in which the Crown had an interest were resolved in this fashion. Subsequent English influence moulded this Crown-controlled instrument into what it is today. Moore, *supra*, summarizes this later history, at p. 14:

The *inquisitio* of the Franks had its accusatory aspects (which anticipated our modern grand jury) and its civil aspects, which was a mode of proof by inquisition or interrogation. The next step in the evolution of the trial

moins que l'une ou l'autre partie ne décide de recourir à la récusation péremptoire ou à la mise à l'écart. La décision des vérificateurs est finale et sans appel.

Voilà, en bref, le contexte général dans lequel s'inscrit une récusation motivée. Ce contexte, et l'interprétation qu'il convient de donner au texte législatif régissant le processus de formation de la liste du jury, sont importants pour la résolution de la question dont nous sommes saisis. Le simple texte des dispositions ne nous est cependant que de peu de secours si nous n'examinons pas leur historique et les principes qui les sous-tendent.

L'évolution du jury moderne

Un bref aperçu de l'évolution du jury fait ressortir nettement l'importance des fonctions qu'il remplit. Ces fonctions et les principes qui les sous-tendent jouent un rôle vital dans l'examen de la question dont notre Cour est présentement saisie.

Bien que les origines précises du jury tel que nous le connaissons aujourd'hui soient difficiles à retracer, on estime généralement que la plupart des sociétés primitives possédaient une structure juridictionnelle quelconque qui ressemblait, de par sa forme et son objet, à celle de notre système moderne. Moore, dans une étude fouillée de l'histoire du jury intitulée *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*, constate l'existence d'organismes analogues au jury déjà à l'époque de Solon, soit aux VII^e et VI^e siècles avant Jésus-Christ. Parmi ces institutions primitives, les plus démocratiques étaient les assemblées générales athéniennes. Toutefois, on croit généralement, que le précurseur de notre jury moderne fut l'*inquisitio* des Francs, système où des hommes de l'endroit, ayant connaissance de l'affaire litigieuse, juraient de dire la vérité en réponse à une question que leur posait le juge. Seules se résolvèrent de cette manière les affaires dans lesquelles la Couronne avait un intérêt. Sous l'influence anglaise, cet instrument contrôlé par la Couronne a évolué pour prendre la forme qu'on lui connaît aujourd'hui. À la page 14, Moore, *op. cit.*, résume cette évolution subséquente:

[TRADUCTION] L'*inquisitio* des Francs présentait des aspects accusatoires (préfigurant en cela le grand jury moderne) et des aspects civils, savoir la preuve par enquête ou par interrogatoire. L'évolution du jury d'ins-

jury was the Anglo-Norman jury of proof. The jurors themselves were the witnesses and they were the mode of proof. . . . The final step in the jury's development was the judgment jury which came into being in England in the fourteenth century. In this last step, the jury, instead of being a mode of proof, chose between the proofs or evidence offered by the parties.

Interestingly, early juries were chosen for their knowledge of the issue whereas, at present, such knowledge and the pre-judgment that may accompany it might very well lead to disqualification. However, as the function of the jury evolved and its domain narrowed, principles not unlike those underlying our challenge procedure evolved. (See Moore, *supra*, at p. 56; Baker, *An Introduction to English Legal History*, at pp. 64-66; Schulman and Myers, *supra*, at p. 423, and Devlin, *Trial by Jury*, at p. 67).

Moore informs us that much of what constitutes our present procedure in challenging prospective jurors and the grounds upon which such challenges could take place developed in the 16th and 17th centuries in England. Thus, the number of challenges, the types of challenge allocated to each party and the grounds upon which such challenges could be based were formalized early in the modern development of the jury. (See also Schulman and Myers, *supra*, at pp. 425-28.)

Importantly, the development of the institution known as the jury and the process through which it came to be selected was neither fortuitous nor arbitrary but proceeded upon the strength of a certain vision of the role that that body should play. Most of the early rationales for the use of the jury are as compelling today as they were centuries ago while other, more modern, rationales have developed. The Law Reform Commission of Canada in its 1980 Working Paper, *The Jury in Criminal Trials*, sets out numerous rationales for the past and continued existence of the jury. The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppres-

truction est passée ensuite par l'étape du jury de preuve anglo-normand. Les jurés eux-mêmes étaient les témoins et constituaient en même temps le mode de preuve [. . .] La dernière étape dans l'évolution du jury a été le jury de jugement instauré en Angleterre au XIV^e siècle. À cette dernière étape, le jury, au lieu de constituer un mode de preuve, faisait un choix parmi les éléments de preuve présentés par les parties.

Il est intéressant de noter qu'au début les jurés étaient choisis à cause de la connaissance qu'ils avaient de l'objet du litige alors qu'à l'heure actuelle une telle connaissance et le parti pris qu'elle risque d'engendrer pourraient bien mener leur récusation. Toutefois, parallèlement à l'évolution du rôle du jury et au rétrécissement du champ de son activité, ont évolué des principes analogues à ceux qui sous-tendent notre procédure de récusation (voir Moore, *op. cit.*, à la p. 56, Baker, *An Introduction to English Legal History*, aux pp. 64 à 66, Schulman et Myers, *op. cit.*, à la p. 474, et Devlin, *Trial by Jury*, à la p. 67).

Moore nous apprend que la procédure actuelle de récusation de candidats jurés ainsi que les motifs pour lesquels pareille récusation peut avoir lieu ont été élaborés en grande partie en Angleterre aux XVI^e et XVII^e siècles. Le nombre de récusations, les types de récusation permis à chaque partie et les motifs sur lesquels pouvaient se fonder ces récusations ont été fixés vers le début de l'évolution moderne du jury (voir aussi Schulman et Myers, *op. cit.*, aux pp. 476 à 479).

Fait important, l'évolution de l'institution qu'est le jury et du processus de sélection de jurés n'avait rien de fortuit ni d'arbitraire, mais tenait à la force d'une certaine vision du rôle que cette institution devrait jouer. La plupart des raisons avancées autrefois pour justifier le recours au jury se révèlent tout aussi impérieuses aujourd'hui qu'elles ont pu l'être il y a des siècles, tandis que d'autres justifications, plus modernes celles-là, ont vu le jour. Dans son document de travail de 1980 intitulé *Le jury en droit pénal*, la Commission de réforme du droit du Canada énonce de nombreuses justifications de l'existence passée et présente du jury. Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la cons-

sive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole.

These rationales or functions of the jury continue to inform the development of the jury and our interpretation of legislation governing the selection of individual jurors. The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. Any other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body. As Moore, *supra*, comments, it is only recently that any real representation of society by juries has been achieved in most Western nations. He describes the American experience in these words at p. 231:

In 1791, a party to a civil or a criminal case was entitled to a 12 member, male, white, unanimous jury.

Increasingly, however, many countries have since repealed property, sex and race qualifications for jurors and have legislated other expansions in the number of citizens eligible for jury duty. (For the English legislative experience see the Morris Committee, *Report of the Departmental Committee on Jury Service*, Command Paper No. 2627; see also Blake, "The Case for the Jury", in Findlay and Duff, eds., *The Jury Under Attack*, at p. 142.) These later developments only serve to underscore the previously articulated rationales for the existence of the jury.

The importance of the jury in our system of criminal justice past and present is eloquently described by Blackstone in his *Commentaries*, Book 4, at p. 1735:

So that the liberties of England cannot but subsist so long as this *palladium* remains sacred and inviolate; not only from all open attacks, (which none will be so hardy as to make,) but also from all secret machinations which

science de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système.

Ces justifications ou fonctions continuent à sous-tendre l'évolution du jury ainsi que notre interprétation de la législation régissant la sélection des jurés. Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être endoctriné à cette fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Toute autre vision risque d'aller à l'encontre des motifs mêmes de l'existence d'une telle institution. Comme le fait remarquer Moore, *op. cit.*, ce n'est que récemment que la plupart des pays occidentaux sont parvenus au stade où le jury représente réellement la société. Voici ce qu'il dit de l'expérience américaine, à la p. 231:

[TRADUCTION] En 1791, une partie à un litige criminel ou civil avait droit à un jury unanime composé de douze hommes de race blanche.

De plus en plus, toutefois, un grand nombre de pays ont, depuis lors, aboli les exigences en matière de propriété, de sexe et de race applicables aux jurés, et ont légiféré pour augmenter d'autres façons le nombre de citoyens aptes à servir de juré. (En ce qui concerne la législation anglaise, voir comité Morris, *Report of the Departmental Committee on Jury Service*, Command Paper No. 2627; voir aussi Blake, «The Case for the Jury», dans *The Jury Under Attack*, Findlay et Duff, éd., à la p. 142). Cette évolution récente ne fait que souligner les raisons avancées antérieurement pour justifier l'existence du jury.

L'importance du jury dans notre système de justice criminelle, aussi bien dans le passé qu'à l'époque actuelle, est éloquentement décrite par Blackstone dans *Commentaries*, livre 4, à la page 1735:

[TRADUCTION] Les libertés de l'Angleterre ne pourront donc subsister que dans la mesure où ce *palladium* demeurera sacré et inviolé, à l'abri non seulement de toute attaque ouverte (à laquelle nul n'aura la témérité

may sap and undermine it; by introducing new and arbitrary methods of trial. . . And, however *convenient* these may appear at first, (as doubtless all arbitrary powers, well executed, are the most *convenient*.) yet let it be again remembered that delays and little inconveniences in the forms of justice are the price that all free nations must pay for their liberty in more substantial matters; that these inroads upon this sacred bulwark of the nation are fundamentally opposite to the spirit of our constitution . . . [Footnotes omitted.]

Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* enshrines the right to trial by jury with these words:

11. Any person charged with an offence has the right

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

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries. (See the provincial Jury Acts.) Thus, little if any objection can be made regarding this crucial characteristic of juries. Schulman and Myers, *supra*, make this clear at p. 408 of their discussion:

Jury qualification requirements in Canadian provinces are considerably different than those in the United States

de se livrer), mais aussi de toute machination susceptible de le saper et de le miner par l'introduction de modalités d'instruction nouvelles et arbitraires [. . .] Et pour *commodes* qu'ils puissent paraître à prime abord (car il ne fait aucun doute que les pouvoirs les plus *commodes* sont toujours les pouvoirs arbitraires, efficacement exercés), rappelons-nous encore une fois que des retards et de légers inconvénients dans les formes de justice représentent le prix que toutes les nations libres doivent payer pour assurer leur liberté dans des domaines les plus importants, que ces assauts contre ce rempart sacré de la nation sont diamétralement opposés à l'esprit de notre constitution . . . [Notes en bas de page omises.]

L'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre dans les termes suivants le droit à un procès avec jury:

11. Tout inculpé a le droit:

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

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ. La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s'effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien (voir les lois provinciales sur le jury). Il y a donc peu, s'il en est, d'objections à formuler au sujet de cette caractéristique cruciale du jury. C'est ce que font ressortir clairement Schulman et Myers, *op. cit.*, à la p. 456 de leur étude:

Les conditions exigées par les provinces canadiennes pour faire partie d'un jury ne sont pas du tout les mêmes

or England. The American Bar Association standards for trial by jury, as recommended by the Advisory Committee on the Criminal Trial, say that—"The names of those persons who may be called for jury service should be selected at random from sources which will furnish a representative cross-section of the community." Canadian laws by and large have long met the standard. [Footnotes omitted, emphasis added.]

However, the "in-court" selection procedure, set out in the *Criminal Code*, can impact on the representativeness of the jury in some situations. The impartiality of the jury is controlled in the main through the *Criminal Code* procedure. Section 11(d) of the *Charter* further buttresses the requirement of impartiality:

11. Any person charged with an offence has the right

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

In order, then, to be meaningful, the application of the *Criminal Code* provisions must be informed by these larger expressions of principle.

Prior to applying these principles to the case before us, it is necessary to discuss previous Canadian case law. In so doing, owing to the nature of a partiality allegation, the facts of each case will be significant.

Canadian Case Law

The pivotal and most recent decisions in this area are *R. v. Hubbert*, *supra*, *R. v. Guérin and Pimparé*, *supra*, and *R. v. Barrow*, *supra*. I will, therefore, focus on these cases and discuss them at length, given, in particular, the confusion which may exist in their interpretation, as evidenced by the dissent in the Court of Appeal in the present case.

In *Hubbert*, *supra*, counsel for the accused wished to challenge each juror for cause alleging that the prospective jurors were not "indifferent". Counsel wanted to ask each prospective juror whether the knowledge that the accused had previously been

qu'aux États-Unis ou en Angleterre. La règle adoptée par le barreau américain pour les procès avec jury, sur recommandation du comité consultatif des procès au criminel, stipule: «Les noms des personnes pouvant être appelées à former un jury doivent être tirés au hasard à partir de différents groupes sociaux, de façon qu'elles soient représentatives de la population.» Dans l'ensemble, les lois canadiennes respectent depuis longtemps cette règle. [Références omises; je souligne.]

La procédure de sélection de jurés «à l'audience», énoncée au *Code criminel*, peut, néanmoins, influencer sur la représentativité du jury dans certaines situations. L'impartialité du jury est assurée principalement au moyen de la procédure exposée dans le *Code criminel*. L'exigence d'impartialité est renforcée par l'al. 11d) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

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

L'application des dispositions du *Code criminel* n'a donc de sens que si elle se fait en fonction de ces énoncés de principe généraux.

Avant d'appliquer ces principes à la présente instance, il y a lieu d'analyser la jurisprudence canadienne pertinente. Étant donné la nature d'une allégation de partialité, les faits de chaque affaire vont s'avérer importants dans cette analyse.

La jurisprudence canadienne

Les décisions capitales et les plus récentes dans ce domaine sont *R. c. Hubbert*, *R. v. Guérin and Pimparé* et *R. c. Barrow*, précitées. Je vais donc mettre l'accent sur ces causes et en discuter au long, compte tenu, notamment, de la confusion qui semble régner quant à leur interprétation, comme en témoigne la dissidence en Cour d'appel dans la présente instance.

Dans l'affaire *Hubbert*, précitée, l'avocat de l'accusé souhaitait récuser tous les candidats jurés pour le motif qu'ils n'étaient pas «impartiaux». Il désirait demander à chaque candidat juré si la connaissance du fait que l'accusé avait déjà été interné dans un

incarcerated at a hospital for the “criminally insane” would prejudice them towards the accused. In order to explain some of his conduct, the accused needed to make his prior incarceration known during testimony at trial. The trial judge rejected the application for reasons not relevant to our discussion here. Rather, it is the procedure and principles set out by the Court of Appeal that are pertinent, as they form the basis for much of what has been said subsequently by Canadian courts.

The Court of Appeal begins by setting out a number of principles governing trial by jury and factors that need to be balanced when considering challenges for cause. First, every accused person is entitled to an impartial jury. Secondly, a juror must be presumed to perform his/her duties in accordance with the oath sworn. Finally, the trial judge has a “wide discretion” and must be in a position to control the challenge procedure.

In the exercise of such discretion as regards challenges for cause based on pre-trial publicity, the Court states that, except in extreme cases, mere dissemination by the media of the facts of the case is not normally sufficient to ground a challenge for cause.

As far as procedure is concerned, the Court of Appeal discusses a trial judge’s ability to “pre-screen” prospective jurors for “obvious partiality”. Importantly, it limits this threshold procedure to cases involving noncontroversial situations of partiality. Regarding the proper form of a challenge for cause, the Court holds that counsel must communicate a reason to the trial judge outside of the mere words of s. 567(1)(b) (now s. 638(1)(b)). Without this, it would not be possible for the trial judge to direct the trial of the truth of the challenge. If the reason offered appears “far-fetched”, the trial judge can require further elaboration. If the trial judge is satisfied that there is some “foundation” to the challenge, then the trial of the truth proceeds. The questioning of the prospective juror must be relevant. This is another reason why the trial judge must be given an adequate explanation for the challenge outside of the

hôpital pour «criminels aliénés» le préviendrait contre ce dernier. Pour expliquer certains de ses actes, il fallait que l’accusé, en témoignant à son procès, révèle cet internement. Le juge du procès a rejeté la requête pour des motifs non pertinents à la présente analyse. Ce qui est pertinent plutôt, c’est la procédure et les principes énoncés par la Cour d’appel, car ils forment la base d’une bonne partie de ce qu’ont dit les tribunaux canadiens par la suite.

La Cour d’appel commence par énoncer un certain nombre de principes applicables aux procès avec jury et de facteurs à prendre en considération dans l’examen de récusations motivées. D’abord, [TRADUCTION] «tout inculpé a droit à un jury impartial». Ensuite, un juré doit être présumé remplir ses fonctions en conformité avec le serment qu’il a prêté. Finalement, le juge du procès détient un [TRADUCTION] «large pouvoir discrétionnaire» et doit être en mesure de contrôler la procédure de récusation.

La cour dit que, mis à part les situations extrêmes, quand on exerce ce pouvoir discrétionnaire dans le cas de récusations motivées par la publicité antérieure au procès, la simple diffusion des faits de l’affaire par les médias ne suffit pas normalement à justifier une récusation motivée.

En ce qui concerne la procédure, la Cour d’appel traite de la compétence du juge du procès pour faire une [TRADUCTION] «présélection» des candidats jurés afin de déterminer s’ils manifestent une [TRADUCTION] «partialité évidente». La cour, il importe de le souligner, limite le recours à cette procédure préliminaire aux cas de partialité qui ne soulèvent aucune controverse. Pour ce qui est de la forme que doit prendre une récusation motivée, la cour estime que l’avocat doit communiquer au juge du procès un motif qui ne s’en tient pas au simple texte de l’al. 567(1)(b) (maintenant l’al. 638(1)(b)). Sinon, il serait impossible au juge du procès d’ordonner la vérification du bien-fondé de la récusation. Si la raison invoquée paraît [TRADUCTION] «tirée par les cheveux», le juge du procès peut exiger des précisions. S’il est convaincu que la récusation a un [TRADUCTION] «certain fondement», on procède alors à la vérification du bien-fondé. Les questions posées au candidat juré doivent être pertinentes. Voilà donc une

mere words of the section. Questioning in this phase should not become a "fishing expedition".

Based upon its comprehensive discussion, the Court of Appeal dismissed the accused's appeal, holding that what counsel was attempting to do in that case came closer to securing a favourable jury than an impartial one. Further, prospective jurors' reactions to various pieces of evidence that may be elicited at trial are not the proper subject of the challenge for cause procedure. Impartiality is a state of mind to be tested at the time of the swearing in of each juror.

In dismissing the accused's appeal and affirming the reasons of the Court of Appeal, this Court simply stated at p. 267 that:

We agree with the Court of Appeal that the way in which and the grounds on which the trial judge exercised his discretion in respect of the attempt of counsel for the accused to challenge for cause is not open to objection. . . .

We would add that in our opinion the procedure outlined by the Court of Appeal for dealing with challenges for cause provides a useful guide for trial judges called on to deal with such challenges. [Emphasis added.]

This Court's subsequent decision in *Barrow, supra*, concerned the examination by the trial judge of the jury panel in the absence of the accused and his counsel. The accused argued that this conduct vitiated the subsequent trial. While the issue is not on all fours with the one facing the Court here, there occurs within the majority reasons of Dickson C.J. an important discussion of *Hubbert, supra*, and the challenge for cause procedure.

In *Barrow, supra*, the Crown relied on the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*, as justification for the conduct of the trial judge. Dick-

autre raison pour laquelle on doit donner au juge du procès une explication suffisante de la récusation qui ne se limite pas à reprendre les simples termes de la disposition applicable. Il ne faudrait pas à ce stade-ci que l'interrogatoire devienne une «expédition de pêche».

Se fondant sur son analyse d'ensemble, la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé et a conclu que ce que tentait alors de faire l'avocat ressemblait davantage à la constitution d'un jury favorable qu'à celle d'un jury impartial. En outre, les réactions du candidat juré à différents éléments de preuve susceptibles d'être présentés au procès ne constituent pas l'objet légitime de la procédure de récusation motivée. L'impartialité est un état d'esprit à vérifier au moment où le juré prête serment.

En rejetant le pourvoi de l'accusé et en confirmant les motifs de la Cour d'appel, notre Cour a simplement affirmé, à la p. 267:

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel selon laquelle la manière dont le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire et les motifs qu'il a invoqués pour ce faire, à l'égard des récusations motivées que l'avocat de l'accusé a essayé d'obtenir, sont à l'abri de toute objection . . .

Nous tenons à ajouter qu'à nos yeux, les principes énoncés par la Cour d'appel sur les récusations motivées constituent des indications utiles pour les juges de première instance appelés à se prononcer sur de telles récusations. [Je souligne.]

L'arrêt subséquent de notre Cour, l'affaire *Barrow*, précitée, concerne l'interrogatoire des membres du tableau des jurés mené par le juge du procès en l'absence de l'accusé et de son avocat. L'accusé a fait valoir que cette conduite entachait de nullité le procès qui s'en est suivi. Bien que la question en litige dans cette affaire ne soit pas en tous points identique à celle dont nous sommes saisis en l'espèce, le juge Dickson, alors Juge en chef, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, se livre à une importante analyse de l'affaire *Hubbert*, précitée, et de la procédure de récusation motivée.

Dans l'affaire *Barrow*, précitée, le ministère public invoquait les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Hubbert*, précitée, comme justification

son C.J., writing for the majority, rejected this argument on two grounds. First, the pre-screening procedure set out in *Hubbert, supra*, is done in the presence of the accused. Second, and more importantly for our purposes, at pp. 709-10:

... an initial question by the judge to the jury array is best seen as a summary procedure to speed up the jury selection, done with the consent of the parties. This was the view of the majority of the Quebec Court of Appeal in *Guérin v. R.* [citation omitted]. Both Bisson J.A. (at p. 246) and Jacques J.A. (at pp. 248-49) make the point that when counsel agree to initial questions by the judge there is no violation of the *Code* procedure.

Within his discussion of the Nova Scotia *Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, applicable in that case, and the respective competence of the provinces and Parliament to legislate in this area, Dickson C.J. makes a number of strong statements regarding challenges for cause on the ground of "non-indifference". At page 714 he states that the trier of partiality is not the judge but two potential or previously selected jurors. Further:

Any addition to this process from another source would upset the balance of the carefully defined jury selection process. This is especially the case of any attempt to add to the powers of the judge. . . . The judge's role is to supervise trials of partiality, not to decide them.

According to the majority, error of this kind in the selection process is so severe that the only remedy is a new trial.

The Ontario Court of Appeal had a recent notable occasion, subsequent to *Hubbert, supra*, to consider the proper use of the challenge for cause procedure, namely in *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (leave to appeal to this Court refused [1987] 1 S.C.R. xii). The facts of this case being so notorious, I will not summarize them here. Suffice it to say that counsel for the accused wished to challenge each

de la conduite du juge du procès. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, rejetait cet argument pour deux motifs. D'abord, la procédure de présélection énoncée dans l'affaire *Hubbert*, précitée, a eu lieu en présence de l'accusé. Ensuite, et ce qui est plus important pour nos fins, il dit, aux pp. 709 et 710:

... il vaut mieux voir dans la question initiale posée par le juge aux membres du tableau des jurés une procédure sommaire visant à accélérer la formation du jury et à laquelle on a recouru (*sic*) avec le consentement des parties. C'est là l'opinion que la Cour d'appel du Québec à la majorité a adoptée dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [référence supprimée]. Tant le juge Bisson (à la p. 312) que le juge Jacques (à la p. 314) font ressortir que lorsque les avocats acceptent que le juge pose ces questions préliminaires, il n'y a pas de violation de la procédure prévue par le *Code*.

Dans le cadre de sa discussion du *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1969, ch. 12, qui était la loi applicable dans cette affaire, ainsi que de la compétence respective des provinces et du Parlement pour légiférer dans ce domaine, le juge en chef Dickson fait un certain nombre d'affirmations catégoriques concernant les récusations motivées pour «absence d'impartialité». À la page 714, il affirme que ce n'est pas le juge mais bien deux jurés, candidats ou déjà choisis, qui vérifient s'il y a partialité. Il ajoute:

Toute addition à cette procédure provenant d'une autre source perturberait l'équilibre du processus soigneusement défini de sélection du jury. C'est particulièrement le cas de toute tentative d'accroître les pouvoirs du juge. [. . .] Le rôle du juge consiste à superviser les vérifications d'impartialité et non à les trancher.

D'après la majorité, la gravité d'une erreur de ce genre dans le processus de sélection est telle qu'il n'y a pas d'autre redressement que la tenue d'un nouveau procès.

La Cour d'appel de l'Ontario a eu récemment, depuis l'arrêt *Hubbert*, précité, une occasion remarquable de se pencher sur l'utilisation appropriée de la procédure de récusation motivée. Cette occasion lui a été fournie par l'affaire *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée [1987] 1 R.C.S. xii). Vu la notoriété des faits de cette affaire, je ne les résumerai pas

prospective juror for cause based upon the massive pre-trial publicity. Instead of allowing the challenge for cause to proceed the trial judge asked the jury array, among other things, whether they had formed a preliminary opinion as to the guilt or innocence of the accused and asked them to disqualify themselves on this basis.

The Court of Appeal held that the real question, in a case involving pre-trial publicity, was whether it "could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused." The Court noted that much of the trial judge's reluctance to allow the questioning of jurors stemmed from the fact that the questions, in large measure, went to the religious and political beliefs of the jurors. However, instead of rejecting the challenge, the trial judge, according to the Court, should have required counsel for the accused to reword the questions. The Court of Appeal concluded in this fashion, at pp. 134-35:

There is a denial of a fundamental right to a fair and proper trial where the accused is not allowed to challenge any number of jurors for cause, when the grounds of challenge are properly specified. . . . [C]ounsel was entitled to determine whether any potential juror was, by reason of the pretrial publicity and the notoriety of the appellant, sufficiently impartial. . . .

A trial judge cannot, in the exercise of a discretion which he undoubtedly possesses in the area of admitting grounds of challenge for cause and settling the questions, effectively curtail the statutory right to challenge for cause.

The warning later given by the trial judge, requesting that individual members of the panel disqualify themselves under certain circumstances, was insufficient to correct the erroneous denial of the statutory right of challenge for cause. The issue of impartiality or indifference is one that Parliament has entrusted to the two triers, not to the conscience of the individual prospective juror.

The last case I will discuss at any length is that of *Guérin and Pimparé*, *supra*, a case that received favourable mention by this Court in *Barrow*, *supra*. The two accused in the case had allegedly committed

ici. Qu'il suffise de dire que l'avocat de l'accusé désirait récuser chaque candidat juré en raison de la publicité massive qui avait entouré l'affaire antérieurement au procès. Au lieu de permettre les récusations motivées, le juge du procès a demandé aux membres du tableau des jurés notamment s'ils s'étaient formé une opinion préliminaire quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé et il leur a demandé de se récuser si tel était le cas.

La Cour d'appel a estimé que la véritable question dans une affaire mettant en cause la publicité antérieure au procès était de savoir si elle [TRADUCTION] «risquerait de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé». La cour a constaté que la réticence du juge du procès à permettre l'interrogatoire des jurés procédait en grande partie de ce que les questions concernaient, dans une large mesure, leurs croyances religieuses et politiques. Toutefois, selon la cour, au lieu de refuser la récusation, le juge du procès aurait dû exiger que l'avocat de l'accusé reformule les questions. La Cour d'appel a conclu, aux pp. 134 et 135:

[TRADUCTION] Il y a négation du droit fondamental à un procès équitable et régulier chaque fois qu'on ne permet pas à l'accusé de récuser pour cause n'importe quel nombre de jurés lorsque les motifs de la récusation sont bien précisés [. . .] [L]'avocat avait le droit de déterminer si un candidat juré était, en dépit de la publicité antérieure au procès et de la notoriété de l'appellant, suffisamment impartial. . . .

Le juge du procès ne saurait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il a incontestablement de décider s'il y a lieu de retenir les motifs de récusation avancés et de régler les questions posées, restreindre en fait le droit de récusation motivée prévue par la loi.

La mise en garde qu'a faite le juge du procès par la suite, en demandant aux membres individuels du tableau des jurés de se récuser dans certaines circonstances, ne suffisait pas pour corriger la négation erronée du droit de récusation motivée, conféré par la loi. C'est aux deux vérificateurs, et non pas à la conscience du candidat juré, que le législateur fédéral a confié la question de l'impartialité.

L'affaire *Guérin*, précitée, est la dernière sur laquelle je m'attarderai. Il s'agit d'un arrêt que notre Cour a mentionné avec approbation dans l'arrêt *Barrow*, précité. On reprochait aux deux accusés, dans

a double murder that was the 'subject of massive media speculation and community outrage. Bisson J.A., now Chief Justice, noted that "[TRANSLATION] this tragedy horrified the Montreal community, and that, in large measure, the events, which were widely publicized by the media, were . . . still fresh in the minds of a good number of the citizens" (at p. 241). The trial judge refused the application of counsel to challenge each prospective juror for cause on the basis of the pre-trial publicity. Instead, the trial judge, in essence, took over the procedure and asked each juror questions suggested by counsel. The trial judge then decided whether the individual juror was or was not impartial.

All three members of the Court of Appeal delivered reasons. In discussing the *Hubbert, supra*, pre-screening procedure, Bisson J.A. commented that such a procedure cannot entail the judicial takeover of a process granted to two triers under the *Criminal Code*. Further, the words used in *Hubbert, supra*, regarding pre-screening by the trial judge, indicate that such a procedure is only appropriate for "obvious" cases of partiality. This power in the trial judge does not extend his/her ability to decide questions of partiality. If the challenge for cause is baseless, the trial judge can reject it. Bisson J.A. further stated, at p. 246:

[TRANSLATION] Certainly, the practice whereby the judge may ask the prospective juror several preliminary questions is commendable. However, it must not systematically remove all possibility of challenge for cause. [Emphasis added.]

He allowed the appeal, at p. 246 on the basis that there was a [TRANSLATION] "fundamental defect in the constitution of the tribunal which must judge the crimes charged. . . ."

Jacques J.A. agreed with Bisson J.A. but added some of his own thoughts regarding the "Hubbert" pre-screening procedure. He made the point that this procedure arose to meet obvious cases of partiality

cette affaire, la perpétration d'un double meurtre qui avait fait l'objet de conjectures massives dans les médias et qui avait provoqué l'indignation de la collectivité. Le juge Bisson de la Cour d'appel, maintenant Juge en chef, a indiqué que «cette tragédie avait horrifié la population montréalaise et que, dans une bonne mesure, les événements, largement diffusés par les médias étaient [...] encore présents dans la mémoire d'un bon nombre de citoyens» (à la p. 309). Le juge du procès a rejeté la requête de l'avocat visant à récuser chaque candidat juré en raison de la publicité antérieure au procès. Ce qu'a fait le juge du procès en somme, c'est plutôt de prendre en charge lui-même la procédure en posant à chaque juré les questions proposées par l'avocat, après quoi il décidait de l'impartialité du juré.

Les trois juges de la Cour d'appel ont tous rédigé des motifs. Le juge Bisson, dans son examen de la procédure de présélection dont il était question dans l'affaire *Hubbert*, précitée, a fait remarquer que cette procédure ne saurait entraîner la prise en charge par le juge d'un processus que le *Code criminel* confie à deux vérificateurs. En outre, il ressort du texte de l'arrêt *Hubbert*, précité, relativement à la présélection effectuée par le juge du procès, qu'il ne convient de recourir à une telle procédure que dans des cas de partialité «évidente». Ce pouvoir du juge du procès ne va pas jusqu'à lui permettre de trancher les questions de partialité. Si la récusation pour cause s'avère non fondée, le juge du procès peut la rejeter. Le juge Bisson ajoute, à la p. 312:

Certes, la pratique qui veut que le juge puisse poser quelques questions préliminaires à un candidat-juré est louable mais elle ne doit pas systématiquement faire disparaître toute possibilité de récusation pour cause. [Je souligne.]

Il a accueilli l'appel, à la p. 313, pour le motif qu'il existait un «vice fondamental dans la constitution du tribunal qui devait juger les crimes reprochés. . . »

Le juge Jacques a souscrit à l'avis du juge Bisson, mais il a ajouté quelques observations personnelles touchant la procédure de présélection de l'arrêt *Hubbert*. Selon le juge Jacques, il s'agit d'une procédure

and thus must be viewed as being based upon the "tacit consent" of both parties.

Rothman J.A., in short concurring reasons, also held that the trial judge had erred by screening the jurors himself and by apparently denying any further challenge on the basis of the massive pre-trial publicity.

In rationalizing these various judicial expressions, it is necessary to reflect on what was in fact said by the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*. While certain broad statements in that case may warrant comment, the Court's discussion of the pre-screening procedure and the proper course for a trial judge to follow in an application for a challenge for cause due to alleged partiality, in the main, cannot be challenged. Generally, the Court correctly states the law as it is understood in this country when dealing with an application for a challenge for cause based upon partiality. Certain comments may, however, be appropriate in light of the coming into force of the *Charter*. While it is no doubt true that trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths, these two principles cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empanelling of an impartial jury. (See The Law Reform Commission of Canada, *The Jury in Criminal Trials*, Working Paper 27, 1980.)

This, however, does not mean that an accused has the right to a favourable jury nor that the selection procedure can be used to thwart the representativeness that is essential to the proper functioning of a jury. While it may be, in some instances, that the peremptory challenges allocated to the accused and the Crown, and the Crown's additional right to stand aside, will be used by the parties to alter somewhat the degree to which the jury represents the community, peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circum-

destinée à faire face aux cas évidents de partialité, qui doit, en conséquence, être considérée comme reposant sur le «consentement tacite» des deux parties.

^a Le juge Rothman, dans de brefs motifs concourants, a conclu, en outre, que le juge du procès avait commis une erreur en procédant lui-même à la sélection des jurés et en refusant apparemment toute autre récusation fondée sur la publicité massive ayant entouré l'affaire antérieurement au procès.

^b En tentant de rationaliser ces différentes opinions judiciaires, une réflexion s'impose sur ce qu'a dit en réalité la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hubbert*, précité. Même si certaines assertions générales qu'on retrouve dans cet arrêt peuvent faire l'objet de commentaires, il n'y a, dans l'ensemble, rien à redire à l'analyse que la cour a faite de la procédure de présélection et de la marche à suivre par le juge du procès saisi d'une demande de récusation pour cause de partialité. D'une manière générale, la cour a énoncé correctement le droit applicable, au Canada, face à une demande de récusation pour cause de partialité. ^c Quelques commentaires peuvent, cependant, être indiqués compte tenu de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Bien qu'il ne fasse aucun doute que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment, ces deux principes ne sauraient l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial ^d (voir La Commission de réforme du droit du Canada, *Le jury en droit pénal*, document de travail 27, 1980).

^e Cela ne signifie pas, toutefois, que l'accusé ait droit à un jury favorable à sa cause ni qu'on puisse avoir recours à la procédure de sélection pour contrecarrer la représentativité qui est essentielle au bon fonctionnement d'un jury. Même s'il se peut que, dans certaines circonstances, les récusations péremptoires auxquelles ont droit l'accusé et le ministère public, ainsi que le droit additionnel du ministère public d'exiger la mise à l'écart de jurés, soient utilisés par les parties pour changer jusqu'à un certain point la mesure dans laquelle le jury représente la collectivité, il reste que les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l'accusé ne dispose pas de

stances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused's perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal.

As to challenges for cause, they are properly used to rid the jury of prospective members who are not indifferent or who otherwise fall within s. 567 (now s. 638), of the *Code*, but they stray into illegitimacy if used merely, without more, to over- or under-represent a certain class in society or as a "fishing expedition" in order to obtain personal information about the juror. As previously mentioned, information obtained on an ultimately unsuccessful challenge for cause may, however, lead the challenger to exercise the right to challenge peremptorily or to stand aside the particular juror. If the challenge process is used in a principled fashion, according to its underlying rationales, possible inconvenience to potential jurors or the possibility of slightly lengthening trials is not too great a price for society to pay in ensuring that accused persons in this country have, and appear to have, a fair trial before an impartial tribunal, in this case, the jury.

This being said, some words of caution are in order as to the nature of the pre-screening that can be legitimately engaged in by trial judges. If one harkens back to the actual words used by the Court of Appeal in *Hubbert, supra*, it becomes clear, in my opinion, that the procedure envisioned is inoffensive and falls outside of the warnings delivered in *Barrow, supra*, and *Guérin and Pimparé, supra*, as evidenced by the following, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out, we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a

renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d'un jury, ce qui dépend à la fois de l'accusé et de la nature de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l'accusé qu'il a bénéficié d'un tribunal constitué équitablement.

Quant aux récusations motivées, elles empêchent légitimement le jury d'être composé de membres qui ne sont pas impartiaux ou qui, autrement, relèvent de l'art. 567 (maintenant l'art. 638) du *Code*. Elles glissent toutefois dans l'illégitimité dès qu'on y recourt à la seule fin d'assurer la représentation excessive ou insuffisante d'une certaine classe sociale ou pour entreprendre une «expédition de pêche» destinée à obtenir des renseignements personnels sur le juré. Comme je l'ai déjà mentionné, des renseignements obtenus par suite d'une récusation motivée qui est finalement rejetée peuvent toutefois amener l'auteur de la récusation à exercer son droit de récuser péremptoirement le juré en question ou de le mettre à l'écart. Pour peu qu'on procède à la récusation d'une manière qui soit conforme aux principes, en respectant ses justifications sous-jacentes, les inconvénients pouvant en résulter pour les candidats jurés ou la possibilité d'une légère prolongation des procès ne représentent pas un prix exorbitant à payer par la société pour assurer que les accusés, dans notre pays, subissent un procès équitable, tant dans les faits qu'en apparence, devant un tribunal impartial, en l'occurrence le jury.

Cela dit, des précisions s'imposent concernant la nature de la présélection qui peut légitimement être effectuée par les juges au procès. Lorsqu'on se reporte aux termes mêmes utilisés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Hubbert*, précité, il devient clair, selon moi, que la procédure envisagée est anodine et n'entre pas dans les paramètres des mises en garde faites dans les arrêts *Barrow* et *Guérin*, précités. C'est ce qui se dégage du passage suivant, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Passant maintenant à l'examen pratique des méthodes qui devraient être employées pour mener le processus à bien, traitons d'abord du genre de partialité évidente visée par la directive anglaise en

practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. . . . We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases. [Emphasis added.]

I agree. And, as pointed out by the Ontario Court of Appeal, if the trial judge does not excuse a juror at this stage, that juror is still subject to challenge or to a direction to stand aside. Nothing said by the Court of Appeal relates to cases of disputed partiality. The initial procedure outlined by the Court of Appeal goes only to such clear-cut cases of partiality that, as said in *Guérin and Pimparé, supra*, and *Barrow, supra*, the consent of counsel is and can be presumed. Once out of obvious situations of non-indifference, as in *Guérin and Pimparé, supra*, and *Barrow, supra*, the procedure takes on a different colour: consent can no longer be presumed and the procedure must conform to that which is set out in the *Criminal Code*. There is absolutely no room for a trial judge to increase further his/her powers and take over the challenge process by deciding controversial questions of partiality. If there exist legitimate grounds for a challenge for cause, outside of the obvious cases addressed by the *Hubbert*, procedure, it must proceed in accordance with the *Code* provisions—the threshold pre-screening mechanism is a poor, and more importantly, an illegal substitute in disputed areas of partiality. (See Vidmar and Melnitzer, “Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause” (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.) After this initial, narrowly drawn procedure is complete, the process as set out in the *Criminal Code* must be adhered to. I will refer again to the clear words of

matière de pratique. Certains juges ont l’habitude de s’adresser au tableau des jurés, avant la formation du jury, dans des termes à peu près semblables aux suivants:

Si quelqu’un parmi vous a des liens étroits avec une des parties ou avec un témoin, veuillez s’il vous plaît vous lever.

Pour donner des exemples évidents, si le juré est l’oncle de l’accusé ou la femme d’un témoin ou le frère du policier qui a mené l’enquête, il ne devrait pas faire partie du jury.

À notre avis, le juge devrait pouvoir, dans ce cas, exclure le candidat juré et sans formalité. [. . .] Nous estimons que la pratique d’exclure les jurés manifestement partiaux est une pratique souhaitable dans tous les cas. [Je souligne.]

Je partage cet avis. De plus, ainsi que l’a fait remarquer la Cour d’appel de l’Ontario, si le juge du procès n’exclut pas un juré à ce stade-là, ce juré pourra encore faire l’objet de récusation ou d’un ordre de se tenir à l’écart. Mais rien de ce qui a été dit par la Cour d’appel ne se rapporte aux cas de partialité contestée. La procédure initiale exposée par la Cour d’appel ne s’applique qu’aux cas de partialité qui sont tellement évidents que, comme on l’a dit dans les arrêts *Guérin* et *Barrow*, précités, le consentement de l’avocat est et peut être présumé. Du moment qu’il ne s’agit plus d’une situation de partialité évidente, comme celle qui se présentait dans les affaires *Guérin* et *Barrow*, précitées, la procédure à suivre prend un aspect différent: le consentement ne peut plus être présumé et la procédure suivie doit être conforme à celle prévue au *Code criminel*. Le juge du procès ne jouit d’absolument aucune latitude pour accroître davantage ses pouvoirs et prendre en charge le processus de récusation en tranchant les questions controversées de partialité. S’il existe des motifs légitimes de récusation, outre les cas évidents auxquels s’applique la procédure énoncée dans l’arrêt *Hubbert*, cette récusation doit se faire en conformité avec les dispositions du *Code* — le mécanisme préliminaire de présélection s’y substitue mal dans les cas où il y a contestation quant à la partialité et, qui plus est, il est alors illégal. (Voir Vidmar et Melnitzer, «Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause»

Dickson C.J. in *Barrow, supra*, at p. 714, which, though addressing a somewhat different question, are apposite here:

The *Code* sets out a detailed process for the selection of an impartial jury. It gives both parties substantial powers in the process and sets up a mechanism to try the partiality of a potential juror when challenged for cause. The trier of partiality is not the judge but a mini-jury of two potential or previously selected jurors. . . . Parliament has decided that the issue of partiality is a question of fact that must be decided by two of the jurors themselves, not by the judge. . . . [A]ny judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors. . . .

Perhaps more pertinent to the issue here is the question of what degree of pre-trial publicity or, more generally, non-indifference, is necessary to lead to the right to challenge for cause and thus have the trial of the issue proceed before the "mini-jury". The example of pre-trial publicity arises on the facts of this case and the existence of publicity prior to trial would appear to be the most frequent cause for a challenge based upon non-indifference.

A number of factors need to be addressed in answering this question. To begin with, s. 567 (now s. 638) of the *Criminal Code* places little, if any, burden on the challenger. On the other hand, a reasonable degree of control must be retained by the trial judge and, thus, some burden placed upon the challenger to ensure that the selection of the jury occurs in a manner that is in accordance with the principles I have previously articulated and also to ensure that sufficient information is imparted to the trial judge such that the trial of the truth of the challenge is contained within permissible bounds. Thus, while there must be an "air of reality" to the application, it need not be an "extreme" case, as were, for example, the cases of *Zundel, supra*, and *Guérin and Pimparé*,

(1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.) Une fois complétée cette procédure initiale de portée limitée, on doit suivre celle exposée au *Code criminel*. Je me réfère de nouveau aux propos non équivoques tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Barrow*, précité, à la p. 714. Bien que touchant une question quelque peu différente, ces propos sont pertinents en l'espèce:

Le *Code* établit une procédure détaillée de sélection d'un jury impartial. Il confère aux deux parties des pouvoirs substantiels dans le cadre de ce processus et il établit un mécanisme pour juger de la partialité d'un juré éventuel qui fait l'objet d'une demande de récusation motivée. Le juge de la partialité est non pas le juge, mais un mini-jury formé de deux jurés éventuels ou déjà choisis [. . .] Le législateur fédéral a décidé que la question de la partialité est une question de fait que doivent trancher deux des jurés eux-mêmes, et non le juge. [. . .] [T]out juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la fonction de juré. . .

Plus pertinente, peut-être, relativement au point présentement en litige, est la question de savoir quel degré de publicité antérieure au procès ou, d'une manière plus générale, quel degré de partialité, est requis pour engendrer le droit de récusation motivée et faire en sorte que ce soit le «mini-jury» qui décide ce point. Or, le cas de la publicité antérieure au procès se présente ici et l'existence d'une telle publicité semblerait constituer le motif le plus fréquent de récusation pour absence d'impartialité.

Pour répondre à cette question, il nous faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Tout d'abord, l'art. 567 (maintenant l'art. 638) du *Code criminel* impose peu ou point d'obligation à l'auteur de la récusation. Par ailleurs, le juge du procès doit conserver un degré raisonnable de contrôle et il doit en conséquence incomber, dans une certaine mesure, à l'auteur de la récusation de veiller à ce que la sélection des jurés se déroule en conformité avec les principes précédemment énoncés et de veiller également à ce que soient communiqués au juge du procès des renseignements suffisants pour que la vérification du bien-fondé de la récusation ait lieu dans les limites acceptables. Donc, si la requête doit [TRADUCTION] «paraître réaliste», il ne doit pas nécessairement s'agir d'un cas «extrême», comme l'étaient, par exemple, les affaires *Zundel* et *Guérin*, précitées. Dans l'affaire *Zundel*, précitée, la Cour d'appel de

supra. The Ontario Court of Appeal in *Zundel, supra*, provided a useful guide in this regard, at p. 132:

The real question is whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused.

Postulating rigid guidelines is obviously an impossible task. Lawton J. in *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, draws a valuable distinction, in pre-trial publicity cases, between mere publication of the facts of a case and situations where the media misrepresents the evidence, dredges up and widely publicizes discreditable incidents from an accused's past or engages in speculation as to the accused's guilt or innocence. It may well be that the pre-trial publicity or other ground of alleged partiality will, in itself, provide sufficient reasons for a challenge for cause. The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed.

Application to the Facts of the Case

Applying these principles to the facts of this case, given the whole of the circumstances, the procedure followed by the trial judge was correct. It is unfortunate, however, in my view, that the trial judge used the word "extraordinary" to describe the challenge for cause procedure. As I have hopefully made clear throughout these reasons, the right to challenge for cause is an important one designed to ensure a fair trial. It is of great assistance in the selection of a jury that can properly fulfill those duties accorded it. Further, the ability to challenge for cause rests upon a showing by the challenger of a realistic potential for partiality. The process is neither "extraordinary" nor "exceptional".

Notwithstanding his seeming misapprehension of the nature of the process, the trial judge was correct,

l'Ontario donne des indications utiles à cet égard, à la p. 132:

[TRANSDUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si la publicité particulière et la notoriété de l'accusé risqueraient de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé.

L'établissement de principes directeurs rigides est évidemment impossible. Le juge Lawton, dans *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, établit, pour les cas de publicité antérieure au procès, une distinction utile entre la simple publication des faits d'une cause et les situations où les médias dénaturent la preuve, détournent le passé de l'accusé, et diffusent largement des incidents tendant à le discréditer, ou se livrent à des conjectures quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Il se peut bien que la publicité antérieure au procès, ou tout autre motif de partialité qu'on a pu avancer, suffise en soi pour justifier une récusation motivée. La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant.

L'application aux faits de l'espèce

Appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, je conclus que la procédure suivie par le juge du procès était juste, compte tenu des circonstances. J'estime toutefois qu'il est malheureux que le juge ait qualifié de [TRANSDUCTION] «extraordinaire» la procédure de récusation motivée. Comme, j'ose l'espérer, je l'ai dit clairement dans les présents motifs, le droit de récusation motivée est un droit important destiné à assurer la tenue d'un procès équitable. Il est d'un grand secours dans la sélection d'un jury qui soit en mesure de bien s'acquitter de ses fonctions. De plus, une partie ne peut procéder à une récusation motivée que si elle démontre l'existence d'une possibilité réaliste de partialité. Ce processus n'est ni «extraordinaire» ni «exceptionnel».

Bien qu'il semble avoir mal saisi la nature du processus, c'est avec raison, selon moi, que le juge du

in my view, in deciding that there was nothing before him in the present instance that satisfied the requirement set out above. The pre-trial publicity did not satisfy the query, "whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference." Based on the information given to the judge, there was no realistic potential for the existence of partiality on the basis of pre-trial publicity. The trial occurred a substantial period of time after the publicity in question and, more importantly, it appears that the media reports were concerned more with the search and subsequent discovery of the remains of the victim and the victim's reputation than with the accused or subsequent proceedings against him. As Huband J.A. said at p. 149, the pre-trial publicity here "was not of the type to occasion partiality towards an accused". In addition, Jewers J. did not close off the challenge procedure at this point but rather invited continued challenges based on more appropriate information. Such information was not forthcoming despite the representation by accused's counsel that he had material to substantiate his allegations.

Having so concluded, I am nonetheless of the view that the majority of the Court of Appeal interpreted *Hubbert, supra*, too broadly. I refer particularly to the comments of Huband J.A., at p. 150, regarding the pre-screening of prospective jurors for partiality undertaken by the trial judge. This initial process, in my view, only applies, as is evidenced by the words used in *Hubbert, supra*, to consensual, uncontested matters of partiality and not where the challenge for cause is grounded on some pertinent allegation as in *Barrow, supra*, and *Guérin and Pimparé, supra*.

Disposition

As the challenge for cause on the basis of the pre-trial publicity was groundless in this case, I agree in the result with the majority of the Court of Appeal and I would therefore dismiss the appeal.

procès a décidé qu'on n'avait pas satisfait ici à l'exigence énoncée plus haut. La publicité antérieure au procès ne satisfaisait pas au test, à savoir «si la publicité particulière et la notoriété de l'accusé risqueraient de détruire l'impartialité du candidat juré». D'après les renseignements communiqués au juge, il n'existait aucune possibilité réaliste de partialité résultant de la publicité antérieure au procès. Un délai considérable s'était écoulé entre cette publicité et le procès et, qui plus est, les reportages des médias semblent avoir porté davantage sur la recherche et la découverte subséquente de la dépouille de la victime, et sur la réputation de celle-ci, que sur l'accusé ou les procédures engagées ultérieurement contre lui. Ainsi que l'a dit le juge Huband, la publicité antérieure au procès dont il s'agit en l'espèce [TRADUCTION] «n'était pas du genre à engendrer la partialité envers l'accusé» (p. 149). En outre, le juge Jewers n'a pas mis fin à la procédure de récusation à ce stade-là, mais a laissé la porte ouverte à de nouvelles récusations fondées sur des renseignements plus appropriés. Or, ces renseignements n'ont pas été fournis malgré les représentations de l'avocat de l'accusé qu'il disposait de données appuyant ses allégations.

Malgré cette conclusion, j'estime que la majorité en Cour d'appel a donné à l'arrêt *Hubbert*, précité, une interprétation trop large. Je me réfère, notamment, aux observations du juge Huband, à la p. 150, concernant la présélection de candidats jurés, entreprise par le juge du procès, pour en vérifier la partialité. À mon avis, il ressort du langage tenu dans l'arrêt *Hubbert*, précité, qu'il n'y a lieu de recourir à ce processus initial que dans les cas consensuels ou incontestés de partialité et non dans les situations où la récusation est fondée sur quelque allégation pertinente, comme dans les affaires *Barrow* et *Guérin*, précitées.

Dispositif

Puisque la récusation motivée par la publicité antérieure au procès était sans fondement en l'espèce, je souscris, en définitive, à la conclusion de la majorité en Cour d'appel et je suis, en conséquence, d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have had the advantage of reading the opinion of my colleague Justice L'Heureux-Dubé and agree with her disposition of the appeal and her reasons for disposing of the point raised in the dissent which gave rise to the appeal.

I prefer, however, to restrict my concurrence to that point lest I be thought to be passing upon the discussion of the collateral questions, notably that of the "representative" nature of the jury.

The issue in the appeal is the propriety of the response of the trial judge to a request by the defence counsel that he be permitted to put some 11 questions to each juror by way of a challenge for cause. The dissenting judge, (1989), 58 Man. R. (2d) 145, described the main ground of appeal at p. 151, as being "that the trial judge usurped the function of triers of facts in dealing with challenges for cause." In the course of his reasons he cast some doubt upon the authority of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

I pause to note that, had the trial judge purported to decide the question of whether a challenge was proven as distinct from the question of whether it might be made, "usurpation" would be a proper characterization.

Hubbert, has been frequently cited and applied, and, in my view, its authority remains undiminished. Two propositions may be drawn from it. Firstly, some concerns about partiality may be addressed by procedures short of a challenge for cause. The trial judge's putting general questions to the panel is one example. Secondly, where counsel seeks to invoke the right to challenge each juror the trial judge is to be satisfied there is some foundation to the challenge.

This appeal involves the second proposition and I agree with L'Heureux-Dubé J. that in this case the challenge for cause on the basis of pre-trial publicity was groundless. I add that defence counsel at trial expressed the view that the questioning "would give me some rational basis for exercising the preemptory

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai eu l'occasion de lire l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à sa façon de trancher le pourvoi ainsi qu'aux motifs de sa conclusion sur le point soulevé dans la dissidence qui a donné lieu au pourvoi.

Je préfère cependant limiter à cela mon opinion concordante de crainte qu'on ne croie que je me prononce sur l'examen des questions accessoires, notamment celle du caractère «représentatif» du jury.

La question soulevée dans ce pourvoi concerne la légitimité de la réponse qu'a donnée le juge du procès à l'avocat de la défense quand celui-ci a demandé l'autorisation de poser environ 11 questions à chaque juré dans le cadre d'une procédure de récusation motivée. Selon le juge dissident (1989), 58 Man. R. (2d) 145, à la p. 151, le principal moyen d'appel était que [TRADUCTION] «le juge du procès a usurpé la fonction des juges des faits en traitant des récusations motivées». Dans ses motifs, il met en doute l'autorité de l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

Je fais remarquer en passant que si le juge du procès avait entrepris de trancher la question de savoir si la récusation était fondée, par opposition à celle de savoir si on pouvait avoir recours à cette procédure, il serait juste de parler d'«usurpation».

L'arrêt *Hubbert* a été souvent cité et appliqué et, à mon avis, il fait toujours autorité. Deux propositions peuvent s'en dégager. Premièrement, il est possible de répondre à certaines inquiétudes quant à la partialité sans aller jusqu'à la récusation motivée. Le juge du procès peut, par exemple, poser des questions générales au tableau des jurés. Deuxièmement, lorsque l'avocat cherche à invoquer le droit de récuser chaque juré, le juge du procès doit être convaincu que la récusation a un fondement quelconque.

Le présent pourvoi met en cause la seconde proposition et, à l'instar du juge L'Heureux-Dubé, je tiens pour non fondée en l'espèce la récusation motivée par la publicité antérieure au procès. Je fais remarquer en outre qu'au procès l'avocat de la défense s'est dit d'avis que l'interrogatoire lui [TRADUCTION]

challenge”. The latter is not a permissible ground for challenging for cause.

I would, therefore, dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Walsh, Micay and Co.,
Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Department of the
Attorney General, Winnipeg.*

«permettrait d'établir un motif rationnel de procéder à la récusation péremptoire». Or voilà qui ne peut pas légitimement fonder une récusation motivée.

a Je suis, en conséquence, d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

b *Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay and Co.,
Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur
général, Winnipeg.*