

**Karl Find** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Alberta and the  
Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FIND

Neutral citation: 2001 SCC 32.

File No.: 27495.

2000: October 13; 2001: May 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,  
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour  
and LeBel JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO*Criminal law — Jurors — Right to challenge for  
cause — Nature of offence — Whether charges of sexual  
assault against children raise realistic possibility of  
juror partiality entitling accused to challenge for cause  
— Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(b).*

The accused was charged with 21 counts of sexual offences involving complainants ranging between 6 and 12 years of age at the time of the alleged offences. Prior to jury selection, he applied to challenge potential jurors for cause, arguing that the nature of the charges against him gave rise to a realistic possibility that some jurors might be unable to try the case against him impartially and solely on the evidence before them. The trial judge rejected the application. The accused was tried and convicted on 17 of the 21 counts. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal, upholding the trial judge's ruling not to permit the accused to challenge prospective jurors for cause.

*Held:* The appeal should be dismissed. The nature of the charges against the accused did not give rise to the

**Karl Find** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Alberta et la  
Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. FIND

Référence neutre : 2001 CSC 32.

N° du greffe : 27495.

2000 : 13 octobre; 2001 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit criminel — Jurés — Droit aux récusations moti-  
vées — Nature de l'infraction — Des accusations  
d'agression sexuelle contre des enfants font-elles naître  
une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à  
l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation  
motivée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46,  
art. 638(1)b).*

L'accusé a été inculpé de 21 chefs d'accusation lui reprochant des infractions d'ordre sexuel contre trois plaignantes, qui étaient âgées de 6 à 12 ans au moment des infractions reprochées. Avant la sélection des jurés, il a demandé à procéder à la récusation motivée de candidats jurés, plaidant que la nature des infractions portées contre lui faisaient naître une possibilité réaliste que certains jurés soient incapables de juger l'affaire impartialement, uniquement au regard de la preuve qui leur serait présentée. Le juge du procès a rejeté la demande. L'accusé a été jugé et déclaré coupable de 17 des 21 chefs d'accusation. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel de l'accusé, confirmant la décision du juge du procès de refuser de permettre à l'accusé de demander la récusation motivée de candidats jurés.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. La nature des accusations reprochées à l'accusé n'a pas fait naître en sa

right to challenge prospective jurors for cause on the ground of partiality.

Section 638(1)(b) of the *Criminal Code* permits a party to challenge for cause where a prospective juror is not indifferent between the Crown and accused. Lack of indifference constitutes partiality. Establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. The first branch of the test is concerned with the existence of a material bias, while the second is concerned with the potential effect of the bias on the trial process. However, the overarching consideration, in all cases, is whether there exists a realistic potential for partial juror behaviour. The first branch involves two concepts: “bias” and “widespread”. “Bias” in the context of challenges for cause refers to an attitude that could lead jurors to decide the case in a prejudicial and unfair manner. Prejudice capable of unfairly affecting the outcome of the case is required. Bias is not determined at large but in the context of the specific case and may flow from a number of different attitudes. The second concept, “widespread”, relates to the prevalence or incidence of the bias in question. The bias must be sufficiently pervasive in the community to raise the possibility that it may be harboured by members of a jury pool. If widespread bias is shown, the second branch of the test requires an accused to show that some jurors may not be able to set aside their bias despite the cleansing effect of the trial judge’s instructions and the trial process itself. Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. Where a realistic potential for partiality is shown to exist, the right to challenge must follow. If in doubt, the judge should err on the side of permitting challenges. Since jurors are presumed to be impartial, in order to rebut the presumption of impartiality, a party must call evidence or ask the trial judge to take judicial notice of facts, or both. In addition, the judge may draw inferences from events that occur in the proceedings and may make common sense inferences about how certain biases, if proved, may affect the decision-making process. The accused did not call any evidence in support of his application but relied heavily on proof by judicial notice. The threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by

faveur le droit de demander la récusation de jurés pour cause de partialité.

L’alinéa 638(1)(b) du *Code criminel* permet à une partie de récuser un juré pour le motif qu’il n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé. L’absence d’impartialité peut être qualifiée de « partialité ». Pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés il faut généralement convaincre le tribunal que les deux conditions suivantes sont réunies : (1) il existe d’un préjugé largement répandu au sein de la collectivité; (2) certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Le premier volet du critère porte sur l’existence d’un préjugé concret et le second sur les conséquences potentielles de ce préjugé sur le procès. Dans tous les cas, toutefois, la considération primordiale est la question de savoir s’il existe une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés. Le premier volet comporte deux concepts cruciaux : « préjugé » et « largement répandu ». Dans le contexte des récusations motivées, le mot « préjugé » s’entend d’une attitude qui pourrait amener des jurés à statuer sur l’affaire dont ils sont saisis d’une manière préjudiciable et injuste. Il faut que le préjugé soit capable d’influer injustement sur l’issue de l’affaire. L’existence du préjugé n’est pas déterminée de façon générale, mais dans le cadre d’une affaire donnée. Le préjugé peut découler d’un certain nombre d’attitudes. Le second concept — savoir le terme « largement répandu » — concerne le caractère fréquent ou généralisé du préjugé en question. Il faut démontrer que le préjugé allégué est suffisamment répandu dans la collectivité pour faire naître la possibilité que des membres du tableau des jurés le nourrissent. Lorsque l’existence d’un préjugé largement répandu est démontrée, l’accusé doit établir, conformément au second volet du critère, que certains jurés pourraient être incapables de faire abstraction de leur préjugé malgré l’effet épurateur du procès et des directives du juge. En fin de compte, la décision d’accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Lorsqu’il existe une possibilité réaliste de partialité, il en découle un droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Si le juge a un doute, il devrait pécher par excès de prudence et permettre qu’on demande la récusation d’un juré. Étant donné que les jurés sont présumés impartiaux, la partie qui désire réfuter cette présomption doit présenter une preuve à cet effet, demander au juge du procès de prendre connaissance d’office de certains faits ou utiliser ces deux moyens. En outre, le juge peut faire

resort to readily accessible sources of indisputable accuracy.

Here, the material presented by the accused falls short of grounding judicial notice of widespread bias in Canadian society against an accused in sexual assault trials. First, while the widespread nature of abuse and its potentially traumatic impact are not disputed, widespread victimization, standing alone, fails to establish widespread bias that might lead jurors to discharge their task in a prejudicial and unfair manner. Second, strong views about a serious offence do not ordinarily indicate bias and nothing in the material supports the contention, nor is it self-evident, that an exception arises in the case of sexual assaults on children. Third, there was also no proof that widespread myths and stereotypes undermine juror impartiality. While stereotypical beliefs might incline some jurors against an accused, it is not notorious or indisputable that they enjoy widespread acceptance in Canadian society. Fourth, although crimes arouse deep and strong emotions, one cannot automatically equate strong emotions with an unfair and prejudicial bias against the accused. Jurors are not expected to be indifferent toward crimes. Strong emotions are common to the trial of many serious offences and have never grounded a right to challenge for cause. The proposition that sexual offences are generically different from other crimes in their tendency to arouse strong passions is debatable, and does not, therefore, lend itself to judicial notice. Fifth, the survey of past challenge for cause cases involving sexual offences does not, without more, establish widespread bias arising from sexual assault charges. The number of prospective jurors disqualified, although relied on as support for judicial notice of widespread bias, is equally consistent with the conclusion that the challenge processes disqualified prospective jurors for acknowledging the intense emotions, beliefs, experiences and misgivings anyone might experience when confronted with the prospect of sitting as a juror

certaines déductions à partir d'événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s'ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel. L'accusé n'a présenté aucune preuve au soutien de sa requête et s'est appuyé considérablement sur le mode de preuve fondé sur l'admission d'office de certains faits par le tribunal. Le seuil d'application de la connaissance d'office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d'office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable.

En l'espèce, le dossier présenté par l'appelant ne justifie pas d'admettre d'office l'existence, au sein de la société canadienne, d'un préjugé largement répandu défavorable à l'accusé dans les procès pour agression sexuelle. Premièrement, quoique le caractère largement répandu du problème des abus sexuels et son effet potentiellement traumatisant ne soient pas contestés, le caractère largement répandu de la victimisation ne prouve pas à lui seul l'existence d'un préjugé largement répandu susceptible d'amener des jurés à s'acquitter de leur tâche d'une manière injuste et préjudiciable. Deuxièmement, des opinions bien arrêtées à l'égard d'une infraction grave n'indiquent habituellement pas l'existence d'un préjugé et rien dans le dossier n'appuie l'argument, qui n'est pas non plus évident, voulant que cette règle souffre d'une exception dans le cas des agressions sexuelles contre des enfants. Troisièmement, il n'y avait également aucune preuve de l'existence de mythes et de préjugés largement répandus compromettant l'impartialité des jurés. Bien que des croyances stéréotypées puissent indisposer des jurés contre l'accusé, il n'est ni notoire ni incontestable que de telles croyances sont généralement acceptées dans la société canadienne. Quatrièmement, bien que les crimes soulèvent des émotions vives et profondes, il est impossible d'assimiler automatiquement de telles émotions à un préjugé injuste et préjudiciable visant l'accusé. On n'attend pas des jurés qu'ils soient indifférents aux crimes qui sont commis. Des émotions intenses sont présentes dans les procès visant nombre d'infractions graves et elles n'ont jamais fondé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. L'argument selon lequel les infractions d'ordre sexuel sont génériquement différentes des autres crimes du fait qu'elles tendent à soulever des passions considérables est contestable et ne se prête en conséquence pas à la connaissance d'office. Cinquièmement,

on a case involving charges of sexual offences against children. Lastly, the theory of “generic prejudice” against accused persons in sexual assault trials has not been proved, nor could judicial notice be taken of the proposition that such prejudice exists. While judicial notice could be taken of the fact that sexual crimes are almost universally abhorred, this does not establish widespread bias arising from sexual assault trials.

Although the accused failed to satisfy the first branch of the test for partiality, it is prudent to consider the second branch, as the two parts are not watertight compartments. It is open to a trial judge reasonably to infer, in the absence of direct evidence, that some strains of bias by their very nature may prove difficult for jurors to identify and eliminate from their reasoning. The strength of the inference varies with the nature of the bias in issue, and its amenability to judicial cleansing. Fundamental distinctions exist between racial bias and the more general bias relating to the nature of the offence itself. Firstly, racial bias may impact more directly on a jury's decision than bias stemming from the nature of the offence because it is directed against a particular class of accused by virtue of an identifiable immutable characteristic. Secondly, trial safeguards may be less successful in cleansing racial prejudice because of its subtle, systemic and often unconscious operation. Bias directed toward the nature of the offence, however, is more susceptible to cleansing by the rigours of the trial process because it is more likely to be overt and acknowledged. The trial judge is more likely to address these concerns in the course of directions to the jury. Moreover, many of the safeguards the law has developed may be seen as a response to this type of bias. In the absence of evidence that strongly held beliefs or attitudes may affect jury behaviour in an unfair manner, it is difficult to conclude that they could not be cleansed by the trial process. It is speculative to assume that

l'examen de procès pour infractions d'ordre sexuel ayant donné lieu à des récusations motivées ne saurait, sans autre preuve, permettre d'établir l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations d'agression sexuelle. Le nombre de candidats jurés déclarés inaptes, quoiqu'il soit invoqué pour demander l'admission d'office d'un préjugé largement répandu, est également compatible avec la conclusion que le processus de récusation a déclaré inaptes des candidats jurés parce qu'ils avaient avoué des émotions intenses, des croyances, des expériences et des inquiétudes susceptibles d'être le lot de toute personne faisant face à la possibilité de participer comme juré à un procès pour infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Enfin, la théorie du « préjugé générique » contre les personnes subissant un procès pour agression sexuelle n'a pas été prouvée et l'argument qu'un tel préjugé existe ne pouvait pas être admis d'office. Quoiqu'il soit possible de prendre connaissance d'office du fait que les crimes sexuels inspirent presque universellement le dégoût, cela ne prouve pas que les procès pour agression sexuelle sont à l'origine d'un préjugé largement répandu.

Quoique l'accusé n'ait pas satisfait au premier volet du critère applicable en matière de partialité, il convient de faire montre de prudence et d'examiner le second puisque les deux volets ne sont pas des formules rigides. En l'absence de preuve directe, le juge du procès peut raisonnablement conclure que, en raison de la nature même de certains types de préjugés, il pourrait être difficile pour les jurés de les reconnaître et de les éliminer de leur raisonnement. La force de cette conclusion varie en fonction de la nature du préjugé en jeu et de la perméabilité de celui-ci à l'effet épurateur du processus judiciaire. Il existe des distinctions fondamentales entre un préjugé racial et un préjugé plus général se rapportant à la nature de l'infraction elle-même. Premièrement, un préjugé racial peut influencer plus directement la décision d'un jury qu'un préjugé découlant de la nature de l'infraction, car le préjugé racial est une forme de préjugé dirigé contre une catégorie particulière d'accusés en raison d'une caractéristique immuable identifiable. Deuxièmement, il est possible que les garanties assortissant le procès filtrent moins efficacement les préjugés raciaux en raison du fonctionnement subtil, systémique et souvent inconscient de ce type de préjugés. Toutefois, un préjugé visant la nature de l'infraction est plus susceptible d'être épuré par les garanties rigoureuses assortissant le procès, parce qu'il est fort probable que ce préjugé soit plus manifeste et plus ouvertement admis. Il est probable que le juge du procès fera état de cette préoccupation dans ses directives au jury. Qui plus est, bon

jurors will act on their beliefs to the detriment of an accused, in violation of their oath or affirmation, the presumption of innocence and the directions of the trial judge. As well, absent evidence to the contrary, there is no reason to believe that stereotypical attitudes about accused persons charged with a crime of a sexual nature are more elusive of the cleansing measures than stereotypical attitudes about complainants. It follows that such myths and stereotypes, even if widespread, provide little support for any inference of a behavioural link between these beliefs and the potential for juror partiality. Finally, absent evidence, it is highly speculative to suggest that the emotions surrounding sexual crimes will lead to prejudicial and unfair juror behaviour. The safeguards of the trial process and the instructions of the trial judge are designed to replace emotional reactions with rational, dispassionate assessment. Our long experience in the context of the trial of other serious offences suggests that our faith in this cleansing process is not misplaced. The accused failed to establish that sexual offences give rise to a strain of bias that is uniquely capable of eluding the cleansing effect of trial safeguards.

nombre des garanties élaborées par le droit peuvent être considérées comme des réponses à ce type de préjugé. En l'absence de preuve que des attitudes ou croyances bien ancrées pourraient influencer de manière injuste le comportement du jury, il est difficile de conclure que le procès ne filtrera pas leurs effets. L'argument que des jurés agiront au détriment d'un accusé donné sur la foi de leurs croyances et au mépris de leur serment ou affirmation solennelle, de la présomption d'innocence et des directives du juge du procès ne repose que sur de simples conjectures. De même, en l'absence de preuve à l'effet contraire, il n'y a aucune raison de considérer que les attitudes stéréotypées visant les personnes accusées d'un crime de nature sexuelle échappent davantage aux mesures épuratrices que celles visant les plaignants. Il s'ensuit que, même s'ils étaient largement répandus, les mythes et stéréotypes de cette nature ne permettent guère de conclure à l'existence d'un lien d'ordre comportemental entre ces croyances et le risque de partialité des jurés. Enfin, en l'absence de preuve, la suggestion que les émotions entourant les crimes sexuels donneront lieu à un comportement préjudiciable et injuste de la part des jurés est éminemment conjecturale. Les garanties qu'offrent le procès et les directives du juge qui le préside ont pour objet de substituer une appréciation rationnelle et sereine aux réactions émotives. La longue expérience que nous possédons en matière de procès visant d'autres infractions graves tend à indiquer que notre foi dans l'effet épurateur de ce processus n'est pas mal placée. L'accusé n'a pas démontré que les infractions d'ordre sexuel engendrent un type de préjugé qui serait exceptionnellement imperméable à l'effet épurateur des garanties assortissant le procès.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421; **referred to:** *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70; *R. v. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262; *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219; *R. v. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lavallée*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (QL); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Ewanchuk*,

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421; **arrêts mentionnés :** *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70; *R. c. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262; *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219; *R. c. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (QL); *R. c. Osolin*, [1993] 4

[1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 626 to 644, 629(1), 632 [am. 1992, c. 41, s. 2], 634, 638(1)(b), (2), 640(2), 649, 658(1).

### Authors Cited

Bala, N. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W.S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montreal: Thémis, 1993, 231.

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

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

*New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, "bias".

Paciocco, David. "Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations". Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, February 11, 1995.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Tanovich, David M., David M. Paciocco, and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*. Concord, Ontario: Irwin Law, 1997.

Vidmar, Neil. "Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials" (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5.

Wiener, Richard L., Audrey T. Feldman Wiener, and Thomas Grisso. "Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape" (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 126 O.A.C. 261, [1999] O.J. No. 3295 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on 17 counts relating to sexual offences. Appeal dismissed.

R.C.S. 595; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626 à 644, 629(1), 632 [mod. 1992, ch. 41, art. 2], 634, 638(1)(b), (2), 640(2), 649, 658(1).

### Doctrine citée

Bala, N. « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W.S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal : Thémis, 1993, 231.

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

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

*New Oxford Dictionary of English*. Oxford : Clarendon Press, 1998, « bias ».

Paciocco, David. « Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations ». Toronto : Association du Barreau canadien — Ontario, 11 février 1995.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Tanovich, David M., David M. Paciocco, and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*. Concord, Ontario : Irwin Law, 1997.

Vidmar, Neil. « Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials » (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5.

Wiener, Richard L., Audrey T. Feldman Wiener, and Thomas Grisso. « Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape » (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 126 O.A.C. 261, [1999] O.J. No. 3295 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à 17 chefs d'accusation lui reprochant des infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

*David M. Tanovich and Umberto Sapone*, for the appellant.

*Jamie Klukach and Jennifer Woollcombe*, for the respondent.

*David M. Paciocco*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Written submission by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

Trial by jury is a cornerstone of Canadian criminal law. It offers the citizen the right to be tried by an impartial panel of peers and imposes on those peers the task of judging fairly and impartially. Since our country's earliest days, Canadian jurors have met this challenge. Every year in scores of cases, jurors, instructed that they must be impartial between the prosecution and the accused, render fair and carefully deliberated verdicts. Yet some cases may give rise to real fears that, despite the safeguards of the trial process and the directions of the trial judge, some jurors may not be able to set aside personal views and function impartially.

The criminal law has developed procedures to address this possibility. One of the most important is the right of the accused to challenge a potential juror "for cause" where legitimate concerns arise. This Court recently held that widespread prejudice against the accused's racial group may permit an accused to challenge for cause: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. In this appeal we are asked to find that charges of sexual assault of children similarly evoke widespread prejudice in the com-

*David M. Tanovich et Umberto Sapone*, pour l'appelant.

*Jamie Klukach et Jennifer Woollcombe*, pour l'intimée.

*David M. Paciocco*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Argumentation écrite par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

Le procès devant jury constitue une des pierres d'assises du droit criminel canadien. Il accorde aux citoyens le droit d'être jugés par un groupe impartial de leurs pairs, à qui il impose la tâche de juger l'affaire équitablement et impartialement. Depuis les tout débuts de notre pays, les jurés canadiens ont su s'acquitter de cette tâche. Chaque année, dans une multitude d'affaires, après avoir reçu l'instruction d'éviter toute partialité en faveur de la poursuite ou de l'accusé, les jurés rendent des verdicts justes au terme de délibérations méticuleuses. Il survient néanmoins des affaires où peut naître la crainte réelle que, malgré les garanties qu'offrent le procès et les directives du juge qui le préside, certains jurés puissent être incapables de faire abstraction de leurs opinions personnelles et d'agir avec impartialité.

Le droit criminel a élaboré divers mécanismes visant à parer à cette éventualité. L'une des plus importantes est le droit de l'accusé à la récusation « motivée » de candidats jurés lorsque naissent des inquiétudes légitimes. Notre Cour a récemment jugé que l'existence de préjugés largement répandus visant le groupe racial de l'accusé peut permettre à celui-ci de se prévaloir de la procédure de récusation motivée: *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Dans le présent pourvoi, on nous demande de conclure que les accusations d'agression sexuelle contre les enfants sont, de manière

1

2

munity and also entitle the accused to challenge prospective jurors for cause.

3 At stake are two important values. The first is the right to a fair trial by an impartial jury under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second is the need to maintain an efficient trial process, unencumbered by needless procedural hurdles. Our task is to set out guidelines that ensure a fundamentally fair trial without unnecessarily complicating and lengthening trials and increasing the already heavy burdens placed on jurors.

4 The appellant was charged with sexual assault of children. Before the jury was empanelled, he applied to challenge the potential jurors for cause. The nature of the charges against him, he contended, gave rise to a realistic possibility that some prospective jurors might harbour such prejudice that they would be unable to act impartially and try the case solely on the evidence before them. The trial judge rejected this request, as did the majority of the Ontario Court of Appeal. Before this Court, the appellant reasserts his claim that the denial of the right to challenge for cause violated s. 638(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and deprived him of his *Charter* right to a fair trial.

5 I conclude that the appellant has not established the right to challenge for cause. No basis has been shown to support the conclusion that charges of sexual assault against children raise a realistic possibility of juror partiality entitling the accused to challenge for cause. Accordingly, the appeal must be dismissed.

## II. History of the Case

6 The appellant was tried on 21 counts of sexual assault involving three complainants, who ranged

analogue, à l'origine de préjugés largement répandus dans la collectivité et donnent également à l'accusé le droit à la récusation motivée de candidats jurés.

Deux principes importants sont en jeu. Le premier est le droit à un procès équitable devant un jury impartial prévu par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le deuxième est le besoin de maintenir le déroulement efficace du procès, sans encombrer celui-ci d'obstacles procéduraux inutiles. Notre tâche consiste à établir des lignes directrices propres à assurer un procès fondamentalement équitable sans compliquer et allonger inutilement les procès et ajouter aux responsabilités déjà lourdes qui incombent aux jurés.

L'appelant a été accusé d'agressions sexuelles contre des enfants. Avant que le jury ne soit constitué, il a demandé la récusation de candidats jurés pour le motif que la nature des accusations portées contre lui faisait naître la possibilité réaliste que certains candidats jurés nourrissent des préjugés qui les rendraient incapables d'agir impartialement et de juger l'affaire uniquement au regard de la preuve qui leur serait présentée. Le juge du procès a rejeté cette demande, tout comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario. Devant notre Cour, l'appelant plaide à nouveau que le refus de lui accorder le droit de recourir à la procédure de récusation motivée a constitué une violation de l'al. 638(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'a privé du droit à un procès équitable que lui garantit la *Charte*.

J'estime que l'appelant n'a pas établi qu'il avait le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Aucun fondement n'a été présenté au soutien de la conclusion que des accusations d'agressions sexuelles contre des enfants feraient naître une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

## II. Historique de l'affaire

L'appelant a été jugé à l'égard de 21 chefs d'agression sexuelle contre trois plaignantes, qui

between the ages of 6 and 12 at the time of the alleged offences. Prior to jury selection, defence counsel applied to challenge potential jurors for cause. No evidence was led in support of this application; rather, defence counsel contended a realistic potential for juror partiality arose from the ages of the alleged victims, the high number of alleged assaults, and the alleged use of violence. Defence counsel proposed that the following questions be put to potential jurors:

Do you have strong feelings about the issue of rape and violence on young children?

If so, what are those feelings based on?

Would those strong feelings concerning the rape and violence on young children prevent you from giving Mr. Find a fair trial based solely on the evidence given during the trial of this case?

The trial judge, in a brief oral ruling, dismissed the application on the basis that it simply “doesn’t fall anywhere near the dicta of the Court of Appeal in *Regina v. Parks*” (in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, the Ontario Court of Appeal held that the accused was entitled to challenge potential jurors for cause on the basis of racial prejudice).

Later, during the process of empanelling the jury, a potential juror spontaneously offered that he had two children, stating “I just don’t think I could separate myself from my feelings towards them and separate the case”. This prospective juror was peremptorily challenged, and defence counsel renewed the request to challenge for cause, to no avail. The appellant was tried and convicted on 17 of the 21 counts.

The appellant appealed on the ground, *inter alia*, that the trial judge erred in not allowing challenges for cause. The spontaneous admission of the potential juror during the selection process was the only evidence relied upon before the Ontario Court of Appeal. The majority, *per* McMurtry C.J.O., held

étaient âgées de 6 à 12 ans au moment des infractions reprochées. Avant la sélection des jurés, l’avocat de la défense a demandé à procéder à la récusation motivée de candidats jurés. Il n’a présenté aucune preuve pour étayer sa demande, affirmant plutôt que l’âge des présumées victimes, le grand nombre d’agressions qui auraient été commises et le fait qu’on reprochait l’usage de violence faisaient naître une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés. L’avocat de la défense a proposé que les questions suivantes soient posées aux candidats jurés :

[TRADUCTION] Est-ce que le viol de jeunes enfants et la violence commise à leur endroit suscitent en vous des sentiments intenses?

Si oui, sur quoi ces sentiments reposent-ils?

Est-ce que ces sentiments vous empêcheraient de faire bénéficier M. Find d’un procès équitable basé uniquement sur la preuve qui sera présentée au procès?

Dans un bref jugement oral, le juge du procès, a rejeté la demande pour la simple raison qu’elle [TRADUCTION] « ne cadr[ait] pas du tout avec l’opinion de la Cour d’appel dans l’arrêt *Regina c. Parks* » ((1993), 84 C.C.C. (3d) 353, où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que l’accusé avait le droit de demander la récusation de candidats jurés pour cause de préjugé racial).

Ultérieurement, durant la constitution du jury, un candidat juré a dit spontanément qu’il avait deux enfants, puis il a fait l’affirmation suivante : [TRADUCTION] « Je ne crois tout simplement pas que je pourrais faire abstraction de mes sentiments envers eux en entendant l’affaire ». Ce candidat juré a été récusé péremptoirement et l’avocat de la défense a réitéré, mais en vain, sa demande de recours à la procédure de récusation motivée. L’appellant a subi son procès et a été reconnu coupable de 17 des 21 chefs d’accusation.

L’appellant a interjeté appel, plaidant notamment que le juge du procès aurait commis une erreur en ne permettant pas le recours à la procédure de récusation motivée. La déclaration spontanée du candidat juré durant le processus de sélection est le seul élément de preuve qui a été invoqué devant la

7

8

that this admission did not demonstrate a realistic potential for partiality and offered no evidentiary basis for allowing challenges for cause: (1999), 126 O.A.C. 261, at para. 8. Since no other evidence was led, the appellant could succeed only if the court could take judicial notice of a widespread bias in the community in relation to sexual offences of this kind. The majority held that judicial notice could not be taken of that fact, for the reasons articulated in *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641, a judgment released concurrently. Moldaver J.A. dissented on the challenge for cause issue, also relying on his reasons from *K. (A.)*. Since both opinions import the substance of their reasons from the companion case of *K. (A.)*, it is necessary to consider this case in some detail.

Cour d'appel de l'Ontario. Le juge en chef McMurtry, s'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel, a estimé que cette déclaration ne prouvait pas l'existence d'une possibilité réaliste de partialité et ne constituait pas une preuve justifiant d'autoriser le recours à la procédure de récusation motivée : (1999), 126 O.A.C. 261, par. 8. Comme aucun autre élément de preuve n'avait été présenté, l'appelant ne pouvait avoir gain de cause que si la cour pouvait prendre connaissance d'office de l'existence, dans la collectivité, d'un préjugé largement répandu contre ce type d'infractions d'ordre sexuel. La majorité a jugé que ce fait ne pouvait être admis d'office, et ce pour les motifs exposés dans *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641, jugement rendu en même temps. Le juge Moldaver a exprimé sa dissidence sur la question des récusations motivées, s'appuyant sur ses motifs dans l'arrêt *K. (A.)*. Puisque les deux opinions s'inspirent essentiellement des motifs exposés dans le dossier connexe *K. (A.)*, il est nécessaire d'examiner cette affaire en détail.

9

*K. (A.)* involved two brothers charged with the sexual assault of children aged 4 to 12 years at the time of the alleged assaults. The majority of the Court of Appeal, *per* Charron J.A., upheld the trial judge's decision to deny challenges for cause, while allowing the appeal on other grounds. Charron J.A. emphasized the distinction between racial prejudice and prejudice against persons charged with sexual assault, arguing that the first goes to a want of indifference towards the accused while the second relates to a want of indifference towards the nature of the crime. The connection between racial prejudice and a particular accused is direct and logical, whereas "strong attitudes about a particular crime, even when accompanied by intense feelings of hostility and resentment towards those who commit the crime, will rarely, if ever, translate into partiality in respect of the accused" (para. 41). She rejected the argument that this Court's decision in *Williams*, *supra*, expanded the right to challenge for cause. While *Williams* recognized the possibility of bias arising from the nature of an offence, it did not eliminate the need to show a realistic potential for partiality, which remains

L'affaire *K. (A.)* concernait deux frères accusés d'agressions sexuelles contre des enfants qui étaient âgés de 4 à 12 ans au moment des agressions reprochées. S'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, madame le juge Charron a confirmé la décision du juge du procès refusant le recours à la procédure de récusation motivée, mais elle a accueilli l'appel sur le fondement d'autres moyens. Madame le juge Charron a souligné la distinction qui existe entre les préjugés raciaux et les préjugés contre les personnes accusées d'infractions d'ordre sexuel, affirmant que les premiers reposent sur l'absence d'impartialité à l'égard de l'accusé tandis que les seconds touchent à l'absence d'impartialité à l'endroit de la nature du crime. Le lien entre les préjugés raciaux et un accusé donné est direct et logique, tandis que des [TRADUCTION] « attitudes bien arrêtées à l'égard d'un crime donné, même lorsqu'elles sont accompagnées de vifs sentiments d'animosité et de ressentiment envers ceux qui commettent ce crime, ne se traduisent que rarement, voire jamais, par la partialité à l'égard de l'accusé » (par. 41). Madame le juge Charron a rejeté l'argument que la décision de

the governing test for challenges for cause. This test was not met in the case before the court.

Charron J.A. found little support for the accused's application in statistics indicating widespread sexual abuse in Canadian society. These statistics, she observed, only demonstrate the prevalence of abuse; they do not indicate a resultant bias, let alone the nature of that bias or its impact on jury deliberation. To her mind, they did not support the inference that there exists a realistic risk of juror partiality. As to the appellant's contention that widespread attitudes about sexual offences may cause jurors to act contrary to their oath, Charron J.A. concluded that the material before the court did not describe the alleged attitudes, or indicate how they would affect juror behaviour. She noted that the work of Professor Neil Vidmar, often advanced in support of the concept of generic prejudice, is the subject of heated debate and suffers from a number of flaws, most notably a lack of attention to the impact of juror attitudes on deliberation behaviour.

Charron J.A. also found that the presence of "strong feelings, opinions and beliefs" is not so notorious as to be the subject of judicial notice — in fact, it was unclear exactly what beliefs and opinions were being targeted for judicial notice. Beliefs and opinions regarding allegations of sexual abuse are all over the map: some believe children never lie about abuse, others believe that children are especially susceptible to the influence of adults, and that their testimony should not be relied

notre Cour dans l'arrêt *Williams*, précité, aurait élargi le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Bien que cet arrêt ait reconnu que la nature de l'infraction puisse être source de partialité, il n'a pas éliminé le besoin de démontrer l'existence d'une possibilité réaliste de partialité, facteur qui demeure le critère applicable en matière de récusation motivée. Ce critère n'était pas respecté dans l'affaire dont la Cour d'appel était saisie.

Madame le juge Charron a estimé que les statistiques indiquant que l'abus sexuel est un phénomène largement répandu dans la société canadienne n'appuyaient guère la demande de l'accusé. Elle a fait remarquer que ces statistiques témoignent uniquement du caractère généralisé de ce phénomène; elles n'indiquent pas qu'il en découle un préjugé et encore moins quelle est la nature de ce préjugé ou son incidence sur les délibérations du jury. À son avis, ces statistiques n'appuient pas l'inférence qu'il existe un risque réaliste de partialité de la part des jurés. Quant à la prétention de l'appelant que l'existence d'attitudes largement répandues à l'égard des infractions d'ordre sexuel pourrait inciter les jurés à ne pas respecter leur serment, madame le juge Charron a conclu que la preuve dont disposait la cour ne décrivait pas les attitudes alléguées et n'indiquait pas non plus comment elles influenceraient le comportement des jurés. Elle a souligné que les travaux du professeur Neil Vidmar, souvent invoqués à l'appui du concept de préjugé générique, sont l'objet de vifs débats et présentent un certain nombre de lacunes, plus particulièrement le fait qu'ils ne s'arrêtent pas à l'effet des attitudes des jurés sur leur comportement au cours des délibérations.

Madame le juge Charron a également estimé que l'existence de [TRADUCTION] « sentiments, opinions et croyances bien arrêtés » n'est pas un fait notoire au point d'être admis d'office — de fait, on ne savait pas exactement quelles étaient les croyances et opinions dont on demandait l'admission d'office. Il existe un large éventail de croyances et d'opinions concernant les allégations d'abus sexuel : certaines personnes croient que les enfants ne mentent jamais en matière d'abus

10

11

upon; some believe the trial system to be stacked in favour of the accused, others the complainant. Even if these opinions and beliefs are accepted as widespread, they are likely to be diffused in deliberation. The existence of feelings, opinions and beliefs about the crime of sexual assault does not translate into partiality — jurors are neither presumed, nor desired, to function as blank slates.

sexuel, alors que d'autres estiment qu'ils sont particulièrement vulnérables à l'influence des adultes et qu'il ne faut pas se fier à leur témoignage; certaines personnes croient que notre système judiciaire favorise l'accusé, d'autres le plaignant. Même si ces opinions et croyances sont tenues pour largement répandues, leur effet sera vraisemblablement délayé durant les délibérations. L'existence de sentiments, d'opinions et de croyances concernant le crime d'agression sexuelle ne se traduit pas par de la partialité — on n'attend pas des jurés qu'ils s'acquittent de leur tâche en faisant le vide dans leur tête et il ne serait pas non plus souhaitable qu'ils le fassent.

12 Finally, Charron J.A. remained unconvinced by evidence that a high proportion of prospective jurors were successfully challenged for cause in cases where challenges were allowed. She found it “impossible to draw any meaningful inference from the answers provided by the jurors when confronted with general questions such as those found . . . in this case and in other cases relied upon” (*K. (A.)*, *supra*, at para. 51). Many of the responses demonstrated nothing more than that the candidate would have difficulty hearing the case. No meaningful direction had been provided by the trial judge on the nature of jury duty or the meaning of impartiality, and no distinction drawn between partiality and the beliefs, emotions and opinions that influence all decision making.

Enfin, la preuve indiquant qu'un grand nombre de candidats jurés ont fait l'objet de récusations motivées dans les affaires où le recours à cette procédure a été permis n'a pas convaincu le juge Charron. Cette dernière a conclu qu'il était [TRADUCTION] « impossible de tirer des inférences significatives des réponses données par les jurés à des questions générales comme celles posées [. . .] dans la présente affaire et dans d'autres affaires invoquées au soutien de la demande » (*K. (A.)*, précité, par. 51). Bon nombre de réponses n'ont révélé rien de plus que le fait que le candidat trouverait pénible d'entendre l'affaire. Le juge du procès n'avait fourni aucune directive sur la nature du devoir des jurés ou sur le sens de la notion d'impartialité et il n'avait fait aucune distinction entre la partialité et les croyances, émotions et opinions qui influencent tout processus décisionnel.

13 Moldaver J.A., dissenting on this issue, was satisfied that a “realistic potential” of juror partiality arises from the nature of sexual assault charges, grounding a right in the accused to challenge prospective jurors for cause. Considering the evidence in its entirety, and taking judicial notice of what he found to be notorious facts, he made a number of preliminary findings: (1) sexual abuse impacts a large percentage of the population, supporting a reasonable inference that any jury panel may contain victims, perpetrators and people closely associated with them; (2) the effects of sexual abuse, or wrongful allegations, are potentially devastating and lifelong; (3) sexual assault tends to be commit-

Le juge Moldaver de la Cour d'appel, dissident sur cette question, était d'avis que la nature des accusations d'agression sexuelle fait naître une « possibilité réaliste » de partialité des jurés qui fonde le droit de l'accusé de demander la récusation motivée de candidats jurés. Tenant compte de l'ensemble de la preuve et prenant connaissance d'office de faits qu'il a tenus pour notoires, il a tiré un certain nombre de conclusions préliminaires : (1) comme le phénomène de l'abus sexuel touche une grande partie de la population, il est raisonnable d'en inférer que tout tableau des jurés peut comporter le nom de victimes, d'agresseurs et de gens étroitement liés à de telles personnes; (2) les

ted along gender lines; (4) women and children have been subjected to systemic discrimination, including in the justice system — recent changes have gone too far for some, but not far enough for others; (5) where challenges for cause have been permitted, literally hundreds of potential jurors have been found partial; and (6) unlike many crimes, a wide variety of stereotypes and beliefs surround the crime of sexual abuse.

Moldaver J.A. concluded that these factors, in combination, raised a realistic concern about juror partiality. At the very least, they left him in doubt, which should be resolved in favour of the accused: *Williams, supra*, at para. 22. While asserting that challenges for cause based on the nature of the offence are exceptional, he concluded that “unlike other crimes, by its nature, the crime of sexual abuse can give rise to intense and deep-seated biases that may be immune to judicial cleansing and highly prejudicial to an accused” (*K. (A.)*, *supra*, at para. 189).

Two arguments held particular sway with Moldaver J.A. First, he accepted that the high incidence of juror disqualification where challenges for cause were allowed disclosed the existence of a widespread bias against persons charged with sexual assault. Second, he adopted Professor David Paciocco’s theory that the prevalence of sexual assault and the politicization of this offence have created two groups of people, “dogmatists” and “victims”, both of which contain people who may be unable to set aside their political convictions or experiences with abuse to render an impartial decision.

effets de l’abus sexuel ou de fausses allégations à cet égard, peuvent être dévastateurs et permanents; (3) l’agression sexuelle est un crime qui tend généralement à être commis par un sexe contre l’autre; (4) les femmes et les enfants font l’objet de discrimination systémique, y compris dans le système judiciaire — pour certains les changements survenus récemment à cet égard vont trop loin alors que pour d’autres ils sont insuffisants; (5) dans des cas où le recours à la procédure de récusation motivée a été permis, littéralement des centaines de jurés potentiels ont été déclarés partiaux; (6) contrairement à bien d’autres crimes, un large éventail de stéréotypes et de croyances entourent le crime d’abus sexuel.

Le juge Moldaver a estimé que la combinaison de ces facteurs faisait naître des inquiétudes réalistes relativement à la possibilité de partialité des jurés. À tout le moins, ces facteurs ont soulevé chez lui un doute qui devrait bénéficier à l’accusé : *Williams*, précité, par. 22. Bien qu’il ait affirmé que les récusations motivées fondées sur la nature de l’infraction sont exceptionnelles, le juge Moldaver a conclu que [TRADUCTION] « contrairement à d’autres crimes, de par sa nature, le crime d’abus sexuel peut faire naître des préjugés profonds et bien enracinés, qui pourraient être imperméables à l’effet épurateur du processus judiciaire et hautement préjudiciables à l’accusé » (*K. (A.)*, précité, par. 189).

Deux arguments ont particulièrement influencé le juge Moldaver. Premièrement, il a accepté l’argument selon lequel le taux élevé de jurés déclarés inaptes dans des affaires où le recours à la procédure de récusation motivée a été permis démontrait l’existence d’un préjugé largement répandu contre les personnes accusées d’agression sexuelle. Deuxièmement, il a retenu la théorie du professeur David Paciocco selon laquelle l’ampleur du problème des agressions sexuelles et la politisation de cette infraction ont créé deux groupes — les « dogmatiques » et les « victimes » — comptant chacun des personnes qui pourraient être incapables de faire abstraction de leurs convictions politiques ou de leurs expériences en ces matières et de rendre une décision impartiale.

14

15

### III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

16 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

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

. . . .

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

. . . .

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

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

**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;

### IV. Issue

17 Did the nature of the charges against the accused give rise to the right to challenge jurors for cause on the ground of partiality?

### V. Analysis

#### A. *Overview of the Jury Selection Process*

18 To provide context and guidance to the determination of this issue, it is necessary to consider the process of jury selection and the place of challenges for cause in that process.

19 The jury selection process falls into two stages. The first is the “pre-trial” process, whereby a panel (or “array”) of prospective jurors is organized and made available at court sittings as a pool from which trial juries are selected. The second stage is the “in-court” process, involving the selection of a trial jury from this previously prepared panel. Pro-

### III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**638.** (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n’importe quel nombre de récusations pour l’un ou l’autre des motifs suivants :

. . . .

b) un juré n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé;

. . . .

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

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

**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;

### IV. La question en litige

La nature des accusations portées contre l’accusé a-t-elle fait naître en sa faveur le droit de demander la récusation de jurés pour cause de partialité?

### V. Analyse

#### A. *Survol du processus de sélection des jurés*

Afin d’établir le contexte et de donner les indications nécessaires pour trancher cette question, il convient d’examiner le processus de sélection des jurés et le rôle des récusations motivées dans ce processus.

Le processus de sélection des jurés comporte deux étapes. La première est l’étape « préalable au procès », au cours de laquelle un tableau (ou une « liste ») de candidats jurés est dressé et utilisé lors de séances des tribunaux, aux fins de sélection des jurés pour les procès. La seconde est l’étape « en salle d’audience », où les jurés sont choisis à partir

vincial and federal jurisdictions divide neatly between these two stages: the first stage is governed by provincial legislation, while the second stage falls within the exclusive domain of federal law (see C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 83-84; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 712-13).

Both stages embody procedures designed to ensure jury impartiality. The “pre-trial” stage advances this objective by randomly assembling a jury pool of appropriate candidates from the greater community. This is assured by provincial legislation addressing qualifications for jury duty; compilation of the jury list; the summoning of panel members; selection of jurors from the jury list; and conditions for being excused from jury duty. These procedures furnish, so far as possible, a representative jury pool: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at pp. 525-26; P. Schulman and E. R. Myers, “Jury Selection”, in *Studies on the Jury* (1979), a report to the Law Reform Commission of Canada at p. 408.

The “in-court” process is governed by ss. 626 to 644 of the *Criminal Code*. Its procedures directly address juror impartiality. The selection of the jury from the assembled pool of potential jurors occurs in an open courtroom, with the accused present. The jury panel is brought into the courtroom and the trial judge makes a few opening remarks to the panel. Provided the validity of the jury panel itself is not challenged (pursuant to the grounds listed in s. 629(1)), the Registrar reads the indictment, the accused enters a plea, and the empanelling of the jury immediately begins: see *Sherratt, supra*, at pp. 519-22.

Members of the jury pool may be excluded from the jury in two ways during the empanelling process. First, the trial judge enjoys a limited preliminary power to excuse prospective jurors. This is referred to as “judicial pre-screening” of the jury array. At common law, the trial judge was empow-

du tableau dressé préalablement. La compétence à l’égard de chacune de ces étapes est répartie de façon nette entre le fédéral et les provinces : la première étape étant régie par la législation provinciale et la seconde ressortant exclusivement au droit fédéral (voir C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1996), p. 83-84; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 712-713).

Chacune de ces étapes comporte des mesures visant à assurer l’impartialité du jury. L’étape « préalable au procès » favorise cet objectif en ce qu’elle permet de dresser, de façon aléatoire, un tableau de candidats jurés convenables, issus de l’ensemble de la collectivité. Les modalités sont prévues par la loi provinciale pertinente, qui pourvoit aux conditions d’aptitude aux fonctions de juré, à la constitution de la liste des jurés, à l’assignation des candidats, à la sélection des jurés à partir de cette liste et aux conditions de dispense. Ces diverses mesures permettent d’obtenir un tableau des jurés aussi représentatif que possible : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525-526; P. Schulman et E. R. Myers, « La sélection des jurés », dans *Études sur le jury* (1979), rapport présenté à la Commission de réforme du droit du Canada, p. 456.

L’étape « en salle d’audience » est régie par les art. 626 à 644 du *Code criminel*. Cette procédure porte directement sur la question de l’impartialité du jury. La sélection des membres du jury à partir du groupe de candidats réunis se fait en audience publique et en présence de l’accusé. Les jurés sont réunis dans la salle d’audience et le juge du procès leur fait quelques observations préliminaires. À moins qu’une partie ne demande la récusation du tableau des jurés (pour l’un ou l’autre des motifs énumérés au par. 629(1)), le greffier lit l’acte d’accusation, l’accusé inscrit un plaidoyer et la constitution du jury commence immédiatement : *Sherratt*, précité, p. 519-522.

Durant la constitution du jury, les candidats jurés peuvent être écartés de deux façons. Premièrement, le juge du procès dispose d’un pouvoir limité de dispenser des candidats jurés. On appelle cette étape la « présélection judiciaire » du tableau des jurés. En common law, le juge du procès était

20

21

22

ered to ask general questions of the panel to uncover manifest bias or personal hardship, and to excuse a prospective juror on either ground. Today in Canada, the judge typically raises these issues in his remarks to the panel, at which point those in the pool who may have difficulties are invited to identify themselves. If satisfied that a member of the jury pool should not serve either for reasons of manifest bias or hardship, the trial judge may excuse that person from jury service.

habilité à poser des questions d'ordre général aux candidats jurés pour déceler l'existence de préjugés manifestes ou d'inconvénients personnels sérieux et à accorder des dispenses pour l'un ou l'autre de ces motifs. Aujourd'hui, au Canada, le juge souligne ces points dans ses observations aux candidats jurés et ceux qui pensent être visés le signalent à ce moment-là. Si le juge du procès est convaincu qu'un candidat juré ne devrait pas agir à ce titre pour cause soit de préjugé manifeste soit d'inconvénient personnel sérieux, il peut le dispenser d'exercer les fonctions de juré.

23 Judicial pre-screening at common law developed as a summary procedure for expediting jury selection where the prospective juror's partiality was uncontroversial, such as where he or she had an interest in the proceedings or was a relative of a witness or the accused: *Barrow, supra*, at p. 709. The consent of both parties to the judicial pre-screening was presumed, provided the reason for discharge was "manifest" or obvious. Otherwise, the challenge for cause procedure applied: *Sherratt, supra*, at p. 534. In 1992, s. 632 of the *Criminal Code* was enacted to address judicial pre-screening of the jury panel. This provision allows the judge, at any time before the trial commences, to excuse a prospective juror for personal interest, relationship with the judge, counsel, accused or prospective witnesses, or personal hardship or other reasonable cause.

La présélection judiciaire prévue par la common law est devenue une procédure sommaire qui permettait d'accélérer la sélection du jury lorsque la partialité d'un candidat juré était incontestable, par exemple lorsque celui-ci avait un intérêt dans l'instance ou un lien de parenté avec un témoin ou l'accusé : *Barrow*, précité, p. 709. Les deux parties étaient présumées consentir à la présélection judiciaire pour autant que le motif pour lequel le juré était libéré était « manifeste » ou évident. Dans le cas contraire, on appliquait la procédure de récusation motivée : *Sherratt*, précité, p. 534. En 1992, le législateur a édicté l'art. 632 du *Code criminel* pour régir la présélection judiciaire du tableau des jurés. Aux termes de cette disposition, le juge peut, avant le début du procès, dispenser un candidat juré dans les cas où ce dernier a soit un intérêt personnel, soit des liens avec le juge, un des avocats, l'accusé ou un témoin, ou encore pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux.

24 The second way members of the jury may be excluded during the empanelling process is upon a challenge of the prospective juror by the Crown or the accused. Both parties are entitled to challenge potential members of the jury as these prospective jurors are called to "the book". Two types of challenge are available to both the Crown and the accused: (1) a limited number of peremptory challenges without providing reasons pursuant to s. 634; and (2) an unlimited number of challenges for cause, with leave of the judge, on one of the grounds enumerated under s. 638(1) of the *Criminal Code*.

La deuxième procédure par laquelle un candidat juré peut être exclu pendant la formation du jury est sa récusation par le ministère public ou l'accusé. Les deux parties ont le droit de demander la récusation de candidats jurés avant qu'ils ne soient appelés à prêter serment. Le ministère public et l'accusé disposent de deux types de récusation : (1) un nombre limité de récusations péremptoires, prévu à l'art. 634, qui n'ont pas à être motivées; (2) un nombre illimité de récusations motivées, demandées avec l'autorisation du juge, pour l'un ou l'autre des motifs énumérés au par. 638(1) du *Code criminel*.

One ground for challenge for cause is that a prospective juror is “not indifferent between the Queen and the accused”: *Criminal Code*, s. 638(1)(b). If the judge is satisfied that a realistic potential for juror partiality exists, he or she may permit the requested challenges for cause. If challenged for cause, the impartiality of the candidate is tried by two triers of fact, usually two previously sworn jurors: *Criminal Code*, s. 640(2). Absent elimination, the juror is sworn and takes his or her place in the jury box. After the full complement of 12 jurors is empanelled, the accused is placed in their charge, and the trial commences.

The Canadian system of selecting jurors may be contrasted with procedures prevalent in the United States. In both countries the aim is to select a jury that will decide the case impartially. The Canadian system, however, starts from the presumption that jurors are capable of setting aside their views and prejudices and acting impartially between the prosecution and the accused upon proper instruction by the trial judge on their duties. This presumption is displaced only where potential bias is either clear and obvious (addressed by judicial pre-screening), or where the accused or prosecution shows reason to suspect that members of the jury array may possess biases that cannot be set aside (addressed by the challenge for cause process). The American system, by contrast, treats all members of the jury pool as presumptively suspect, and hence includes a preliminary *voir dire* process, whereby prospective jurors are frequently subjected to extensive questioning, often of a highly personal nature, to guide the respective parties in exercising their peremptory challenges and challenges for cause.

The respective benefits and costs of the different approaches may be debated. With respect to benefits, it is unclear that the American system produces better juries than the Canadian system. As Cory J. observed in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13, we possess “a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous

L’un de ces motifs est le fait que le candidat juré « n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé » : al. 638(1)b) du *Code criminel*. Si le juge est convaincu qu’il existe une possibilité réaliste de partialité d’un juré, il peut permettre qu’on demande sa récusation pour cette cause. Si un candidat fait l’objet d’une telle demande, deux juges des faits, généralement les deux derniers jurés assermentés, statuent sur son impartialité : par. 640(2) du *Code criminel*. S’il n’est pas exclus, le juré est assermenté et il prend place sur le banc des jurés. Une fois les 12 membres du jury sélectionnés, le sort de l’accusé leur est confié et le procès commence.

Le système canadien de sélection des jurés se distingue du régime généralement appliqué aux États-Unis. Dans les deux pays, l’objectif visé est de sélectionner un jury qui tranchera l’affaire de façon impartiale. Toutefois, le système canadien présume que les jurés sont capables de faire abstraction de leurs opinions et préjugés et d’agir sans partialité en faveur de la poursuite ou de l’accusé, après avoir reçu des directives adéquates du juge du procès quant à leurs fonctions. Cette présomption n’est réfutée que dans les cas où le risque de partialité est clair et évident (situation visée à l’étape de la présélection judiciaire) ou lorsque l’accusé ou la poursuite, selon le cas, établit l’existence d’une raison de penser que des membres du tableau des jurés nourrissent des préjugés qui ne peuvent être écartés (situation visée par la procédure de récusation motivée). À l’opposé, le système américain considère comme suspectes toutes les personnes inscrites au tableau des jurés et, pour cette raison, il comporte une procédure préliminaire appelée voir dire, au cours de laquelle les candidats jurés sont fréquemment soumis à un long interrogatoire — souvent de nature très personnelle — par les parties exerçant leur droit de procéder à des récusations péremptoires et motivées.

Les avantages et désavantages respectifs de ces régimes distincts peuvent être débattus. En ce qui a trait aux avantages, il n’est pas certain que le système américain produit de meilleurs jurys que le système canadien. Comme l’a souligné le juge Cory dans l’arrêt *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13, « [l]a tradition des jurys prononçant

25

26

27

verdicts”. With respect to costs, jury selection under the American system takes longer and intrudes more markedly into the privacy of prospective jurors. It has also been suggested that the extensive questioning permitted by this process, while aimed at providing an impartial jury, is open to abuse by counsel seeking to secure a favourable jury, or to indoctrinate jurors to their views of the case (see Schulman and Myers, *supra*, at p. 429).

des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles » au Canada. Pour ce qui est des désavantages, la sélection des jurés en application du système américain demande plus de temps et constitue une intrusion nettement plus grande dans la vie privée des candidats jurés. D’aucuns avancent également que — quoiqu’il tende à la constitution d’un jury impartial — le long interrogatoire permis dans le cadre de cette procédure ouvre la porte aux abus de la part des avocats désireux d’obtenir un jury qui leur sera favorable ou de rallier les jurés à leur point de vue sur l’affaire (voir Schulman et Myers, *op. cit.*, p. 481).

28 The ultimate requirement of a system of jury selection is that it results in a fair trial. A fair trial, however, should not be confused with a perfect trial, or the most advantageous trial possible from the accused’s perspective. As I stated in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, “[w]hat constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process . . . . What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice”. See also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 72; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14. At the same time, occasional injustice cannot be accepted as the price of efficiency: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 32; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281.

En bout de ligne, le système de sélection du jury doit donner lieu à un procès équitable. Un procès équitable ne doit toutefois pas être confondu avec un procès parfait, ni avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l’accusé. Comme je l’ai dit dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193, « [l]e procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l’accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées [. . .]. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable ». Voir également *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 72; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14. Par ailleurs, une injustice occasionnelle ne saurait être acceptée comme étant le prix à payer pour l’efficacité : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 32; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281.

29 These are the considerations that must guide us in assessing whether the appellant in this case has established the right to challenge for cause. Challenges for cause that will serve no purpose but to increase delays and intrude on prospective jurors’ privacy are to be avoided. As the Ontario Court of Appeal cautioned in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, at p. 291: “[t]rials should not be unnecessarily prolonged by speculative and sometimes suspect challenges for cause”. However, if there exists reason to believe that the jury pool may be so tainted by incorrigible prejudices that

Il s’agit là de considérations qui doivent guider notre examen de la question de savoir si, en l’espèce, l’appelant a établi le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Si cette procédure n’aura d’autre résultat que la prolongation de l’instance et l’envahissement de la vie privée des candidats jurés, il faut éviter d’y recourir. Pour reprendre la mise en garde faite par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, p. 291 : [TRADUCTION] « les procès ne devraient pas être prolongés inutilement par des récusations motivées basées sur des conjectures et parfois suspectes ». Toutefois, s’il existe des raisons de croire que le jury risque à tel point

the trial may not be fair, then challenges for cause must be allowed.

B. *The Test: When Should Challenges for Cause Be Granted Under Section 638(1)(b)?*

1. The Test for Partiality

Section 638(1)(b) of the *Code* permits a party to challenge for cause on the ground that “a juror is not indifferent between the Queen and the accused”. Lack of indifference may be translated as “partiality”. Both terms describe a predisposed state of mind inclining a juror prejudicially and unfairly toward a certain party or conclusion: see *Williams, supra*, at para. 9.

In order to challenge for cause under s. 638(1)(b), one must show a “realistic potential” that the jury pool may contain people who are not impartial, in the sense that even upon proper instructions by the trial judge they may not be able to set aside their prejudice and decide fairly between the Crown and the accused: *Sherratt, supra*; *Williams, supra*, at para. 14.

As a practical matter, establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. These two components of the challenge for cause test reflect, respectively, the attitudinal and behavioural components of partiality: *Parks, supra*, at pp. 364-65; *R. v. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421 (Ont. C.A.), at pp. 435-36.

These two components of the test involve distinct inquiries. The first is concerned with the existence of a material bias, and the second with the

d’être contaminé par des préjugés irrémédiables qu’il pourrait en résulter un procès inéquitable, il faut alors permettre qu’on demande des récusations motivées.

B. *Le critère applicable : Dans quels cas les récusations fondées sur l’al. 638(1)(b) devraient-elles être accordées?*

1. Le critère applicable en matière de partialité

L’alinéa 638(1)(b) du *Code* permet à une partie de récuser un juré pour le motif qu’« [il] n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé ». L’absence d’impartialité peut être qualifiée de « partialité ». Les deux termes décrivent l’état d’esprit d’un juré enclin à favoriser, de manière préjudiciable et injuste, une partie ou une conclusion donnée : voir *Williams, précité*, par. 9.

La partie qui entend demander des récusations pour le motif prévu à l’al. 638(1)(b) doit démontrer une « possibilité réaliste » qu’il y ait, parmi les candidats jurés, des personnes qui ne soient pas impartiales, c’est-à-dire des personnes qui, même après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès, pourraient être incapables de mettre de côté leurs préjugés et de trancher équitablement entre la thèse du ministère public et celle de l’accusé : *Sherratt, précité*; *Williams, précité*, par. 14.

En pratique, pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal que les deux conditions suivantes sont réunies : (1) il existe d’un préjugé largement répandu au sein de la collectivité; (2) certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Ces deux éléments du critère applicable en matière de récusation motivée correspondent, respectivement, aux volets attitude et comportement de la partialité : *Parks, p. 364-365*; *R. c. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421 (C.A. Ont.), p. 435-436.

Ces deux volets du critère commandent des examens différents. Le premier porte sur l’existence d’un préjugé concret et le second sur les consé-

30

31

32

33

potential effect of the bias on the trial process. However, the overarching consideration, in all cases, is whether there exists a realistic potential for partial juror behaviour. The two components of this test serve to ensure that all aspects of the issue are examined. They are not watertight compartments, but rather guidelines for determining whether, on the record before the court, a realistic possibility exists that some jurors may decide the case on the basis of preconceived attitudes or beliefs, rather than the evidence placed before them.

quences potentielles de ce préjugé sur le procès. Dans tous les cas, toutefois, la considération primordiale est la question de savoir s'il existe une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés. Les deux volets de ce critère visent à permettre l'examen de tous les aspects de la question. Il ne s'agit pas de formules rigides, mais plutôt de lignes directrices permettant de déterminer si, au vu du dossier dont dispose le tribunal, il existe une possibilité réaliste que certains jurés tranchent l'affaire en se fondant sur des attitudes ou des idées préconçues, plutôt que sur la preuve qui leur est présentée.

34 The test for partiality involves two key concepts: "bias" and "widespread". It is important to understand how each term is used.

Le critère applicable en matière de partialité comporte deux concepts cruciaux : « préjugé » et « largement répandu ». Il est important de bien comprendre dans quel sens chacun de ces termes est utilisé.

35 The *New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 169, defines "bias" as "prejudice in favour of or against one thing, person, or group compared with another, especially in a way considered to be unfair". "Bias", in the context of challenges for cause, refers to an attitude that could lead jurors to discharge their function in the case at hand in a prejudicial and unfair manner.

Le dictionnaire *New Oxford Dictionary of English* (1998), p. 169, définit ainsi le mot « *bias* » (« préjugé ») : [TRADUCTION] « parti pris en faveur ou à l'encontre d'une chose, d'une personne ou d'un groupe par rapport à un autre, particulièrement d'une manière jugée injuste ». Dans le contexte des récusations motivées, le mot « préjugé » s'entend d'une attitude qui pourrait amener des jurés à s'acquitter de leur rôle d'une manière préjudiciable et injuste dans l'affaire dont ils sont saisis.

36 It is evident from the definition of bias that not every emotional or stereotypical attitude constitutes bias. Prejudice capable of unfairly affecting the outcome of the case is required. Bias is not determined at large, but in the context of the specific case. What must be shown is a bias that could, as a matter of logic and experience, incline a juror to a certain party or conclusion in a manner that is unfair. This is determined without regard to the cleansing effect of trial safeguards and the direction of the trial judge, which become relevant only at the second stage consideration of the behavioural effect of the bias.

Il ressort clairement de la définition de préjugé que les diverses attitudes émotives ou stéréotypées ne constituent pas toutes des préjugés. Il faut que le préjugé soit capable d'influer injustement sur l'issue de l'affaire. L'existence du préjugé n'est pas déterminée de façon générale, mais dans le cadre d'une affaire donnée. Il faut faire la preuve d'un préjugé qui, eu égard à la logique et à l'expérience, pourrait inciter un juré à favoriser d'une manière injuste une partie ou une conclusion donnée. Cette détermination doit être faite sans tenir compte de l'effet épurateur des garanties qu'offrent le procès et des directives du juge, qui ne deviennent pertinentes qu'à la deuxième étape, soit l'appréciation de l'effet du préjugé sur le comportement.

Courts have recognized that “bias” may flow from a number of different attitudes, including: a personal interest in the matter to be tried (*Hubbert, supra*, at p. 295; *Criminal Code*, s. 632); prejudice arising from prior exposure to the case, as in the case of pre-trial publicity (*Sherratt, supra*, at p. 536); and prejudice against members of the accused’s social or racial group (*Williams, supra*, at para. 14).

In addition, some have suggested that bias may result from the nature and circumstances of the offence with which the accused is charged: *R. v. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *R. v. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); N. Vidmar, “Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials” (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5. In *Williams, supra*, at para. 10, this Court referred to Vidmar’s suggestion that bias might, in some cases, flow from the nature of the offence. However, the Court has not, prior to this case, directly considered this kind of bias.

The second concept, “widespread”, relates to the prevalence or incidence of the bias in question. Generally speaking, the alleged bias must be established as sufficiently pervasive in the community to raise the possibility that it may be harboured by one or more members of a representative jury pool (although, in exceptional circumstances, a less prevalent bias may suffice, provided it raises a realistic potential of juror partiality: *Williams, supra*, at para. 43). If only a few individuals in the community hold the alleged bias, the chances of this bias tainting the jury process are negligible. For this reason, a court must generally be satisfied that the alleged bias is widespread in the community before a right to challenge for cause may flow.

If widespread bias is shown, a second question arises: may some jurors be unable to set aside their bias despite the cleansing effect of the judge’s instructions and the trial process? This is the

Les tribunaux ont reconnu qu’un certain nombre d’attitudes différentes peuvent être à l’origine d’un « préjugé », notamment : l’existence d’un intérêt personnel dans l’affaire à être jugée (*Hubbert, précité*, p. 295; *Code criminel*, art. 632); un préjugé découlant d’une connaissance préalable de l’affaire, en raison par exemple de la publicité précédant le procès (*Sherratt, précité*, p. 536); un préjugé contre les membres du groupe social ou racial de l’accusé (*Williams, précité*, par. 14).

En outre, certaines sources suggèrent qu’un préjugé peut résulter de la nature et des circonstances de l’infraction dont l’accusé est inculqué : *R. c. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70 (C. Ont. (Div. gén.)); *R. c. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262 (C. Ont. (Div. gén.)); N. Vidmar, « Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials » (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5. Dans *Williams, précité*, par. 10, notre Cour a mentionné la thèse de Vidmar selon laquelle un préjugé pourrait, dans certains cas, découler de la nature de l’infraction. Toutefois, notre Cour n’a pas, avant la présente affaire, étudié directement ce genre de préjugé.

Le second concept — savoir le terme « largement répandu » — concerne le caractère fréquent ou généralisé du préjugé en question. En général, il faut démontrer que le préjugé allégué est suffisamment répandu dans la collectivité pour faire naître la possibilité qu’au moins un membre d’un groupe représentatif de jurés le nourrisse (quoique, dans une situation exceptionnelle, un préjugé qui ne serait pas aussi répandu pourrait suffire, pourvu qu’il fasse naître une possibilité réaliste de partialité de la part de jurés : *Williams, précité*, par. 43). Si quelques personnes seulement dans la collectivité nourrissent le préjugé allégué, les risques qu’il contamine les délibérations du jury sont négligeables. Pour cette raison, le tribunal doit être généralement convaincu que le préjugé allégué est largement répandu dans la collectivité avant de reconnaître qu’il donne droit de demander des récusations motivées.

Lorsque l’existence d’un préjugé largement répandu est démontrée, une deuxième question se pose : Est-il possible que certains jurés soient incapables de faire abstraction de leur préjugé malgré

37

38

39

40

behavioural component of the test. The law accepts that jurors may enter the trial with biases. But the law presumes that jurors' views and biases will be cleansed by the trial process. It therefore does not permit a party to challenge their right to sit on the jury because of the existence of widespread bias alone.

41 Trial procedure has evolved over the centuries to counter biases. The jurors swear to discharge their functions impartially. The opening addresses of the judge and the lawyers impress upon jurors the gravity of their task, and enjoin them to be objective. The rules of process and evidence underline the fact that the verdict depends not on this or that person's views, but on the evidence and the law. At the end of the day, the jurors are objectively instructed on the facts and the law by the judge, and sent out to deliberate in accordance with those instructions. They are asked not to decide on the basis of their personal, individual views of the evidence and law, but to listen to each other's views and evaluate their own inclinations in light of those views and the trial judge's instructions. Finally, they are told that they must not convict unless they are satisfied of the accused's guilt beyond a reasonable doubt and that they must be unanimous.

42 It is difficult to conceive stronger antidotes than these to emotion, preconception and prejudice. It is against the backdrop of these safeguards that the law presumes that the trial process will cleanse the biases jurors may bring with them, and allows challenges for cause only where a realistic potential exists that some jurors may not be able to function impartially, despite the rigours of the trial process.

43 It follows from what has been said that "impartiality" is not the same as neutrality. Impartiality does not require that the juror's mind be a blank

l'effet épurateur du procès et des directives du juge? Il s'agit du volet « comportement » du critère. Le droit admet la possibilité que des jurés participant à un procès nourrissent des préjugés, mais il présume que la procédure d'instruction permettra de tenir en échec les opinions et les préjugés des jurés. Le droit n'autorise donc pas une partie à contester le droit des jurés de participer à un jury en raison seulement de l'existence d'un préjugé largement répandu.

Au fil des siècles, la procédure suivie dans le cadre des procès a évolué afin de faire échec aux préjugés. Les jurés jurent de s'acquitter de leurs fonctions de manière impartiale. Dans leur exposé initial, le juge et les avocats soulignent aux jurés le sérieux de leur tâche et les enjoignent de faire montre d'objectivité. Les règles de preuve et de procédure font bien ressortir que le verdict ne doit pas dépendre des opinions d'une personne ou d'une autre, mais plutôt reposer sur la preuve et le droit applicable. En bout de ligne, le juge donne aux jurés des directives objectives sur les faits et le droit applicable et les envoie délibérer conformément à ces directives. On ne demande pas aux jurés de trancher l'affaire en fonction de leurs opinions individuelles sur la preuve et le droit, mais plutôt d'écouter ce que chacun en pense et d'évaluer leurs propres inclinations à la lumière de ces divers points de vue et des directives du juge du procès. Enfin, on leur dit qu'ils ne doivent conclure à la culpabilité de l'accusé que s'ils en sont convaincus au-delà de tout doute raisonnable et que leur décision doit être unanime.

Il est difficile d'imaginer antidotes plus puissants contre les émotions, les idées préconçues et les préjugés. C'est au regard de ces garanties que le droit présume que le procès filtrera les préjugés que pourraient nourrir les jurés et qu'il n'autorise les récusations motivées que dans les cas où, malgré les rigoureuses garanties qu'offrent le procès, il existe une possibilité raisonnable que certains jurés puissent ne pas être en mesure d'accomplir leurs fonctions de manière impartiale.

Il ressort de ce qui précède qu'« impartialité » ne veut pas dire neutralité. L'impartialité n'exige pas que les jurés aient l'esprit vide ou qu'ils fas-

slate. Nor does it require jurors to jettison all opinions, beliefs, knowledge and other accumulations of life experience as they step into the jury box. Jurors are human beings, whose life experiences inform their deliberations. Diversity is essential to the jury's functions as collective decision-maker and representative conscience of the community: *Sherratt, supra*, at pp. 523-24. As Doherty J.A. observed in *Parks, supra*, at p. 364, "[a] diversity of views and outlooks is part of the genius of the jury system and makes jury verdicts a reflection of the shared values of the community".

To treat bias as permitting challenges for cause, in the absence of a link with partial juror behaviour, would exact a heavy price. It would erode the threshold for entitlement defined in *Sherratt* and *Williams*, and jeopardize the representativeness of the jury, excluding from jury service people who could bring valuable experience and insight to the process. Canadian law holds that "finding out what kind of juror the person called is likely to be — his personality, beliefs, prejudices, likes or dislikes" is not the purpose of challenges for cause: *Hubbert, supra*, at p. 289. The aim is not favourable jurors, but impartial jurors.

Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. However, judicial discretion should not be confused with judicial whim. Where a realistic potential for partiality exists, the right to challenge must flow: *Williams, supra*, at para. 14. If in doubt, the judge should err on the side of permitting challenges. Since the right of the accused to a fair trial is at stake, "[i]t is better to risk allowing what are in fact unnecessary chal-

sent abstraction de leurs opinions, croyances, connaissances et autre bagage d'expérience dès qu'ils prennent place sur le banc qui leur est réservé. Les jurés sont des êtres humains et leur vécu éclaire leurs délibérations. La diversité est essentielle à l'accomplissement des fonctions du jury, qui agit comme décideur collectif et comme conscience représentative de la collectivité : *Sherratt, précité*, p. 523-524. Comme l'a souligné le juge Doherty dans l'affaire *Parks, précitée*, p. 364, [TRADUCTION] « [l]a diversité des points de vue et des mentalités fait partie du génie de l'institution du jury et fait en sorte que les verdicts des jurys reflètent les valeurs communes de la collectivité ».

Le fait de considérer qu'un préjugé permet de recourir à la procédure de récusation motivée, malgré l'absence de lien avec un comportement partial de la part de jurés, aurait de graves conséquences. Une telle décision affaiblirait le critère minimal donnant ouverture aux récusations motivées qui a été défini dans les arrêts *Sherratt* et *Williams*, et compromettrait la représentativité du jury en excluant de la fonction de juré des personnes susceptibles d'apporter au processus une expérience et un éclairage précieux. En droit canadien, le but de la procédure de récusation motivée n'est pas de [TRADUCTION] « découvrir quelle sorte de juré le candidat est susceptible d'être — sa personnalité, ses croyances, ses préjugés, ses préférences ou ses aversions » : *Hubbert, précité*, p. 289. Le but n'est pas de trouver des jurés favorables à une thèse ou à l'autre, mais des jurés impartiaux.

En fin de compte, la décision d'accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Toutefois, il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et caprice. Lorsqu'il existe une possibilité réaliste de partialité, il en découle un droit de recourir à la procédure de récusation motivée : *Williams, précité*, par. 14. Si le juge a un doute, il devrait pécher par excès de prudence et permettre qu'on demande la récusation d'un juré. Étant donné que le droit de l'accusé à un procès équitable est en jeu, « [i]l vaut mieux risquer d'autoriser des récusations qui sont en fait

44

45

lenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary”: *Williams, supra*, at para. 22.

2. Proof: How a Realistic Potential for Partiality May Be Established

46 A party may displace the presumption of juror impartiality by calling evidence, by asking the judge to take judicial notice of facts, or both. In addition, the judge may draw inferences from events that occur in the proceedings and may make common sense inferences about how certain biases, if proved, may affect the decision-making process.

47 The first branch of the inquiry — establishing relevant widespread bias— requires evidence, judicial notice or trial events demonstrating a pervasive bias in the community. The second stage of the inquiry — establishing a behavioural link between widespread attitudes and juror conduct — may be a matter of proof, judicial notice, or simply reasonable inference as to how bias might influence the decision-making process: *Williams, supra*, at para. 23.

48 In this case, the appellant relies heavily on proof by judicial notice. Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy: *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.);

inutiles que risquer d’interdire des récusations qui sont nécessaires » : *Williams, précité*, par. 22.

2. Preuve : Comment peut-on établir une possibilité réaliste de partialité?

Une partie peut réfuter la présomption d’impartialité d’un juré en présentant une preuve à cet effet, en demandant au juge de prendre connaissance d’office de certains faits ou en recourant à ces deux moyens. En outre, le juge peut faire certaines déductions à partir d’événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s’ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel.

Au cours de la première partie de l’examen — savoir l’établissement de l’existence d’un préjugé pertinent largement répandu — , cette démonstration est faite si le tribunal prend connaissance d’office de l’existence d’un tel préjugé au sein de la collectivité, si une preuve à cet effet est présentée ou s’il survient, au cours du procès, des événements apportant cette preuve. Au cours de la deuxième partie de l’examen — savoir l’établissement d’un lien d’ordre comportemental entre des attitudes largement répandues et la conduite de jurés — , l’existence de ce lien peut soit être établie par des éléments de preuve, soit être admise d’office ou simplement découler d’une conclusion raisonnable sur la manière dont un préjugé pourrait influencer le processus décisionnel : *Williams, précité*, par. 23.

Dans la présente affaire, l’appelant s’appuie considérablement sur le mode de preuve fondé sur l’admission d’office de certains faits par le tribunal. La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au

J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055.

The scientific and statistical nature of much of the information relied upon by the appellant further complicates this case. Expert evidence is by definition neither notorious nor capable of immediate and accurate demonstration. This is why it must be proved through an expert whose qualifications are accepted by the court and who is available for cross-examination. As Doherty J.A. stated in *R. v. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283 (Ont. C.A.), at p. 285: “[a]ppellate analysis of untested social science data should not be regarded as the accepted means by which the scope of challenges for cause based on generic prejudice will be settled”.

*C. Were the Grounds for Challenge for Cause Present in this Case?*

To challenge prospective jurors for cause, the appellant must displace the presumption of juror impartiality by showing a realistic potential for partiality. To do this, the appellant must demonstrate the existence of a widespread bias arising from the nature of the charges against him (the “attitudinal” component), that raises a realistic potential for partial juror behaviour despite the safeguards of the trial process (the “behavioural” component). I will discuss each of these requirements in turn as they apply to this case.

1. Widespread Bias

In this case, the appellant alleges that the nature and the circumstances of the offence with which he is charged give rise to a bias that could unfairly incline jurors against him or toward his conviction.

point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 1055.

La nature scientifique et technique d’une large part des renseignements invoqués par l’appellant complique encore plus la présente affaire. La preuve d’expert n’est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C’est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé. Comme l’a indiqué le juge Doherty dans *R. c. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283 (C.A. Ont.), p. 285 : [TRADUCTION] « [l]’analyse, en appel, de données qui relèvent des sciences humaines et qui n’ont pas encore été vérifiées ne devrait pas être considérée comme la méthode reconnue de détermination du champ d’application de la procédure de récusation motivée pour cause de préjugé générique ».

*C. Y avait-il, en l’espèce, des motifs justifiant le recours à la procédure de récusation motivée?*

Pour être admis à recourir à la procédure de récusation motivée de candidats jurés, l’appellant doit réfuter la présomption d’impartialité des jurés en démontrant l’existence d’une possibilité réaliste de partialité. À cette fin, il doit établir l’existence d’un préjugé largement répandu découlant de la nature des accusations portées contre lui (le volet « attitude »), préjugé faisant naître une possibilité raisonnable de comportement partial des jurés malgré les garanties assortissant le procès (le volet « comportement »). Je vais analyser chacune de ces exigences à tour de rôle, en fonction de leur application à la présente affaire.

1. Un préjugé largement répandu

En l’espèce, l’appellant prétend que la nature et les circonstances de l’infraction dont il est accusé font naître un préjugé qui pourrait injustement indisposer des jurés contre lui ou les prédisposer à

49

50

51

He further alleges that this bias is widespread in the community. In support of this submission, the appellant relies on the following propositions from Moldaver J.A.'s dissent in *K. (A.)*, *supra*, at para. 166. The parties generally agree on these facts, but dispute the conclusions to be drawn from them:

- Studies and surveys conducted in Canada over the past two decades reveal that a large percentage of the population, both male and female, have been the victims of sexual abuse. From this, it is reasonable to infer that any given jury panel may contain victims of sexual abuse, perpetrators and people closely associated with them.
- The harmful effects of sexual abuse can prove devastating not only to those who have been victimized, but those closely related to them. Tragically, many victims remain traumatized and psychologically scarred for life. By the same token, for those few individuals who have been wrongfully accused of sexual abuse, the effects can also be devastating.
- Sexual assault tends to be committed along gender lines. As a rule, it is women and children who are victimized by men.
- Women and children have been subjected to systemic discrimination reflected in both individual and institutional conduct, including the criminal justice system. As a result of widespread media coverage and the earnest and effective efforts of lobby groups in the past decade, significant and long overdue changes have come about in the criminal justice system. For some, the changes have not gone far enough; for others, too far.
- Where challenges for cause have been permitted in cases involving allegations of sexual abuse, literally hundreds of prospective jurors have been found to be partial by the triers of fact. In those cases where trial judges have refused to permit the challenge, choosing instead to vet the panel at large for bias, the numbers are equally substantial.

le déclarer coupable. Il plaide également que ce préjugé est largement répandu dans la collectivité. Au soutien de cette prétention, l'appelant invoque les propositions reproduites ci-après, qui ont été énoncées par le juge Moldaver dans ses motifs dissidents dans l'affaire *K. (A.)*, précitée, par. 166. Les parties s'entendent généralement sur les faits, mais elles sont en désaccord quant aux conclusions qu'il faut en tirer.

[TRADUCTION]

- Des études et des enquêtes menées au Canada au cours des deux dernières décennies révèlent qu'un grand pourcentage de la population — hommes et femmes — a été victime d'abus sexuels. On peut donc raisonnablement en conclure que tout tableau des jurés peut comporter le nom de victimes d'abus sexuels, d'agresseurs et de proches de telles personnes.
- Les effets préjudiciables des abus sexuels peuvent être dévastateurs non seulement pour les victimes, mais également pour leurs proches. Tragiquement, de nombreuses victimes demeurent traumatisées et marquées psychologiquement pour la vie. En outre, pour les quelques personnes qui sont injustement accusées d'abus sexuels, les effets peuvent également être dévastateurs.
- L'agression sexuelle est un crime qui tend à être commis par un sexe contre l'autre. En règle générale, ce sont les femmes et les enfants qui sont les victimes des hommes.
- Les femmes et les enfants sont l'objet de discrimination systémique qui se manifeste dans des comportements individuels et institutionnels, y compris au sein du système de justice criminelle. En raison de l'ampleur de la couverture médiatique et des efforts déterminés et efficaces déployés par des groupes de pression au cours de la dernière décennie, des changements importants et attendus depuis longtemps se sont produits au sein du système de justice criminelle. Pour certains, ces changements sont insuffisants, alors que pour d'autres ils vont trop loin.
- Lorsque, dans des affaires portant sur des allégations d'abus sexuels, il a été permis de demander des récusations motivées, littéralement des centaines de candidats jurés ont été déclarés partiaux par les juges des faits. Dans le cas où le juge du procès a refusé de permettre le recours à la procédure de récusation motivée, choisissant plutôt de contrôler le tableau au complet pour y déceler l'existence de préjugés, les chiffres sont tout aussi considérables.

– Unlike many crimes, there are a wide variety of stereotypical attitudes and beliefs surrounding the crime of sexual abuse.

While the parties agree on these basic facts, they disagree on whether they demonstrate widespread bias. The appellant called no evidence, expert or otherwise, on the incidence or likely effect of prejudice stemming from the nature of the offences with which he is charged. Instead, he asks the Court to take judicial notice of a widespread bias arising from allegations of the sexual assault of children. The Crown, by contrast, argues that the facts on which it agrees do not translate into bias, much less widespread bias.

The appellant relies on the following: (a) the incidence of victimization and its effect on members of the jury pool; (b) the strong views held by many about sexual assault and the treatment of this crime by the criminal justice system; (c) myths and stereotypes arising from widespread and deeply entrenched attitudes about sexual assault; (d) the incidence of intense emotional reactions to sexual assault, such as a strong aversion to the crime or undue empathy for its victims; (e) the experience of Ontario trial courts, where hundreds of potential jurors in such cases have been successfully challenged as partial; and (f) social science research indicating a “generic prejudice” against the accused in sexual assault cases. He argues that these factors permit the Court to take judicial notice of widespread bias arising from charges of sexual assault of children.

It is worth reminding ourselves that at this stage we are concerned solely with the nature and prevalence of the alleged biases (i.e., the “attitudinal” component), and not their amenability to cleansing

– Contrairement à bien d’autres crimes, il existe une grande variété de croyances et d’attitudes stéréotypées entourant le crime d’abus sexuel.

Quoique les parties s’entendent sur ces données de base, elles diffèrent d’opinion quant à la question de savoir si elles prouvent l’existence d’un préjugé largement répandu. L’appelant n’a pas fourni de preuve d’expert ni d’autre type de preuve sur l’effet probable ou l’ampleur du préjugé qui découlerait de la nature des infractions qui lui sont reprochées. Il demande plutôt à la Cour d’admettre d’office l’existence d’un préjugé largement répandu que feraient naître les allégations d’agression sexuelle contre des enfants. À l’opposé, le ministère public avance que les faits avec lesquels il est d’accord ne se traduisent pas par l’existence d’un préjugé, encore moins d’un préjugé largement répandu.

L’appelant invoque les facteurs suivants : a) l’ampleur du phénomène de la victimisation et ses effets sur le groupe à partir duquel on forme le jury; b) les opinions bien arrêtées qu’ont de nombreuses personnes à l’égard des agressions sexuelles et du traitement de ce crime par le système de justice criminelle; c) les mythes et les stéréotypes découlant d’attitudes largement répandues et profondément ancrées relativement aux agressions sexuelles; d) l’existence de réactions émotives intenses à l’égard des agressions sexuelles, par exemple une forte aversion pour ce crime ou une empathie excessive pour ses victimes; e) la situation observée en Ontario où, dans le cadre de procès pour agressions sexuelles, des centaines de candidats jurés ont été récusés pour cause de partialité; f) les travaux de recherche en sciences sociales indiquant l’existence d’un « préjugé générique » contre l’accusé dans les affaires d’agression sexuelle. Il soutient que ces facteurs autorisent la Cour à prendre connaissance d’office de l’existence d’un préjugé largement répandu découlant d’accusations d’agression sexuelle contre des enfants.

Il importe de se rappeler que, à cette étape-ci, nous ne nous attachons qu’à la nature et au caractère généralisé des préjugés allégués (c.-à-d. le volet « attitude »), et non à leur perméabilité aux

52

53

54

by the trial process, which is the focus of the “behavioural” component.

(a) *Incidence of Victimization*

55 The appellant argues that the prevalence and potentially devastating impact of sexual assault permit the Court to conclude that any given jury pool is likely to contain victims or those close to them who may harbour a prejudicial bias as a consequence of their experiences.

56 The Crown acknowledges both the widespread nature of abuse and its potentially traumatic impact. Neither of these facts is in issue. Nor is it unreasonable to conclude from these facts that victims of sexual assault, or those close to them, may turn up in a jury panel. What is disputed is whether this widespread victimization permits the Court to conclude, without proof, that the victims and those who share their experience are biased, in the sense that they may harbour prejudice against the accused or in favour of the Crown when trying sexual assault charges.

57 The only social science research before us on the issue of victim empathy is a study by R. L. Wiener, A. T. Feldman Wiener and T. Grisso, “Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape” (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343. The appellant cites this study for the proposition that those participants acquainted in some way with a rape victim demonstrated a greater tendency, under the circumstances of the study, to find a defendant guilty. However, as the Crown notes, this study offers no evidence that victim status in itself impacts jury verdicts. In fact, the study found no correlation between degree of empathy for rape victims and tendency to convict, nor did it find higher degrees of victim empathy amongst those persons acquainted with rape victims. Further, the study was limited to a small sample of participants. It made no attempt to simulate an actual jury trial, and did not involve a delibera-

mesures épuratrices du procès, qui est l’objet principal du volet « comportement ».

a) *L’ampleur du phénomène de la victimisation*

L’appelant prétend que l’ampleur du problème des agressions sexuelles et son effet potentiellement dévastateur autorisent la Cour à conclure que tout tableau de jurés comporte vraisemblablement des victimes ou des proches de celles-ci qui sont susceptibles de nourrir un préjugé préjudiciable par suite de leurs expériences.

Le ministère public admet le caractère largement répandu du problème des abus sexuels et son effet potentiellement traumatisant. Ni l’un ni l’autre de ces faits ne sont en litige. Il n’est pas non plus déraisonnable de conclure de ces faits que des victimes d’agression sexuelle ou des proches de telles personnes pourraient se retrouver au sein d’un tableau des jurés. Le point litigieux est la question de savoir si cette victimisation largement répandue autorise la Cour à conclure, en l’absence de preuve à cet effet, que les victimes et les personnes qui partagent leur expérience sont partiales, en ce sens qu’elles pourraient nourrir un préjugé défavorable à l’accusé ou favorable au ministère public quand elles jugent des accusations d’agression sexuelle.

La seule étude en sciences sociales qui nous a été présentée sur la question de l’empathie pour la victime est celle réalisée par R. L. Wiener, A. T. Feldman Wiener et T. Grisso, « Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape » (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343. L’appelant fait état de cette étude en affirmant que les participants qui étaient liés d’une manière ou d’une autre à une victime de viol montraient une tendance plus marquée, compte tenu des paramètres de l’étude, à conclure à la culpabilité du défendeur. Toutefois, comme le souligne le ministère public, l’étude ne présente aucune preuve indiquant que, *en soi*, le fait d’être une victime a une incidence sur les verdicts des jurys. En fait, l’étude n’a pas révélé de corrélation entre le degré d’empathie pour les victimes de viol et quelque tendance à conclure à la culpabilité de l’accusé, ni déterminé l’existence d’une empathie plus grande

tion process or an actual verdict. In the absence of expert testimony, tested under cross-examination, as to the conclusions properly supported by this study, I can only conclude that it provides little assistance in establishing the existence of widespread bias arising from the incidence of sexual assault in Canadian society.

Moldaver J.A. concluded that the prevalence of sexual assault in Canadian society and its traumatic and potentially lifelong effects, provided a realistic basis to believe that victims of this crime may harbor intense and deep-seated biases. In arriving at this conclusion, he expressly relied on an unpublished article by Professor David Paciocco, “Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations”, Canadian Bar Association — Ontario, February 11, 1995, which he quoted at para. 176 for the proposition that “[o]ne cannot help but believe that these deep scars would, for some, prevent them from adjudicating sexual offence violations impartially”.

This is, however, merely the statement of an assumption, offered without a supporting foundation of evidence or research. Courts must approach sweeping and untested “common sense” assumptions about the behaviour of abuse victims with caution: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577 (per L’Heureux-Dubé J., dissenting in part); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at pp. 870-72 (per Wilson J.). Certainly these assumptions are not established beyond reasonable dispute, or documented with indisputable accuracy, so as to permit the Court to take judicial notice of them.

I conclude that while widespread victimization may be a factor to be considered, standing alone it

pour la victime parmi les personnes ayant des liens avec elle. En outre, l’étude ne comptait qu’un nombre restreint de participants. Elle n’a comporté ni simulation de procès avec jury, ni délibération ou verdict. En l’absence de témoignage d’expert — vérifié en contre-interrogatoire — sur les constatations que justifient cette étude, je ne peux que conclure qu’elle est de peu d’utilité pour établir l’existence d’un préjugé largement répandu qui découlerait de l’ampleur du problème des agressions sexuelles au sein de la société canadienne.

Le juge Moldaver de la Cour d’appel a conclu que l’ampleur du problème des agressions sexuelles au sein de la société canadienne et son effet traumatisant et potentiellement permanent permettaient réalistement de croire que les victimes de ce crime peuvent nourrir des préjugés intenses et bien ancrés. Pour tirer cette conclusion, le juge Moldaver s’est expressément appuyé sur un article non publié du professeur David Paciocco (« Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations », Association du Barreau canadien — Ontario, 11 février 1995, dont il a cité l’affirmation suivante (au par. 176) : [TRADUCTION] « [o]n ne peut s’empêcher de penser que ces profondes cicatrices auraient pour effet d’empêcher certaines personnes victimisées de juger impartialement des accusations reprochant des infractions d’ordre sexuel ».

Il ne s’agit toutefois que d’une hypothèse, qui est formulée sans être étayée de preuves ou de résultats de recherches. Les tribunaux doivent faire montre de prudence dans l’examen d’hypothèses — générales et non vérifiées — fondées sur le « sens commun » et se rapportant au comportement des victimes d’abus sexuels : voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (le juge L’Heureux-Dubé, dissidente en partie); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 870-872 (le juge Wilson). Il ne s’agit certes pas d’hypothèses dont le bien-fondé ne peut être raisonnablement contesté ou qui sont documentées avec une exactitude incontestable, de telle sorte que la Cour pourrait en prendre connaissance d’office.

J’en viens à la conclusion que, quoique le caractère largement répandu de la victimisation puisse

58

59

60

fails to establish widespread bias that might lead jurors to discharge their task in a prejudicial and unfair manner.

(b) *Strongly Held Views Relating to Sexual Offences*

61 The appellant submits that the politicized and gender-based nature of sexual offences gives rise to firmly held beliefs, opinions and attitudes that establish widespread bias in cases of sexual assault.

62 This argument found favour with Moldaver J.A. in *K. (A.)*. Moldaver J.A. judicially noticed the tendency of sexual assault to be committed along gender lines. He also took judicial notice of the systemic discrimination women and children have faced in the criminal justice system, and the fact that recent reforms have gone too far for some and not far enough for others. From this foundation of facts, he inferred that the gender-based and politicized nature of sexual offences leads to a realistic possibility that some members of the jury pool, as a result of their political beliefs, will harbour deep-seated and virulent biases that might prove resistant to judicial cleansing. Quoting from the work of Professor Paciocco, Moldaver J.A. emphasized that strong political convictions and impartiality are not necessarily incongruous, but that for some “feminists” “commitment gives way to zealotry and dogma”. The conviction that the justice system and its rules are incapable of protecting women and children, it is argued, may lead some potential jurors to disregard trial directions and rules safeguarding the presumption of innocence. Little regard for judicial direction can be expected from “those who see the prosecution of

être un facteur à prendre en considération, il ne prouve pas à lui seul l’existence d’un préjugé largement répandu susceptible d’amener des jurés à s’acquitter de leur tâche d’une manière injuste et préjudiciable.

b) *Opinions bien arrêtées sur les infractions d’ordre sexuel*

L’appelant prétend que la politisation du problème des infractions d’ordre sexuel et le fait que celles-ci soient liées à l’appartenance sexuelle est à l’origine de croyances, d’opinions et d’attitudes bien ancrées, qui établissent l’existence d’un préjugé largement répandu à l’égard des affaires d’agression sexuelle.

Dans l’affaire *K. (A.)*, précitée, le juge Moldaver a retenu cet argument et il a pris connaissance d’office du fait que les agressions sexuelles tendent à être commises par un sexe contre l’autre. Il a également pris connaissance d’office de la discrimination systémique dont sont victimes les femmes et les enfants au sein du système de justice criminelle et du fait que, pour certains, les réformes survenues récemment vont trop loin alors que pour d’autres elles sont insuffisantes. De ces assises factuelles, il a inféré que la politisation du problème des infractions d’ordre sexuel et le fait que celles-ci soient liées à l’appartenance sexuelle font naître une possibilité réaliste que certains membres du tableau des jurés nourrissent, en raison de leurs convictions politiques, des préjugés profondément ancrés et virulents qui pourraient résister à l’effet épurateur du procès. Citant des extraits du texte du professeur Paciocco, le juge Moldaver a souligné que convictions politiques bien arrêtées et impartialité ne sont pas nécessairement des notions incompatibles, mais que pour certaines [TRADUCTION] « féministes » « l’engagement cède le pas au fanatisme et au dogmatisme ». On prétend que la conviction selon laquelle le système de justice et ses règles sont incapables de protéger les femmes et les enfants pourrait amener d’éventuels jurés à ne pas tenir compte des directives données au procès et des règles visant à protéger la présomption d’innocence. On peut s’attendre que des [TRADUCTION] « personnes qui considèrent la poursuite des délinquants sexuels

sexual offenders as a battlefield in a gender based war” (para. 177).

The appellant supports this reasoning, adding that the polarized, politically charged nature of sexual offences results in two prevalent social attitudes: first, that the criminal justice system is incapable of dealing with an “epidemic” of abuse because of its male bias or the excessive protections it affords the accused; and second, that conviction rates in sexual offence cases are unacceptably low. These beliefs, he alleges, may jeopardize the accused’s right to a fair trial. For example, jurors harbouring excessive political zeal may ignore trial directions and legal rules perceived as obstructing the “truth” of what occurred, or may simply “cast their lot” with the victim. All this, the appellant submits, amounts to widespread bias in the community incompatible with juror impartiality.

The appellant does not deny that jurors trying any serious offence may hold strong views about the relevant law. Nor does he suggest such views raise concerns about bias in the trial of most offences. Few rules of criminal law attract universal support, and many engender heated debate. The treatment of virtually all serious crimes attracts sharply divided opinion, fervent criticism, and advocacy for reform. General disagreement or criticism of the relevant law, however, does not mean a prospective juror is inclined to take the law into his or her own hands at the expense of an individual accused.

The appellant’s submission reduces to this: while strong views on the law do not ordinarily indicate bias, an exception arises in the case of

comme un champ de bataille dans la guerre des sexes » (par. 177) fassent peu de cas des directives des juges.

L’appellant souscrit à ce raisonnement, ajoutant que le caractère politiquement chargé de la question des infractions d’ordre sexuel et le clivage d’opinions en découlant se traduisent par deux attitudes sociales répandues : premièrement, le système de justice criminelle est incapable de lutter contre une [TRADUCTION] « épidémie » d’abus sexuels en raison de son parti pris masculin ou des protections excessives qu’il accorde aux accusés; deuxièmement, les taux de déclaration de culpabilité dans les affaires d’infractions d’ordre sexuel sont intolérablement bas. Ces croyances, de prétendre l’appellant, peuvent compromettre le droit des accusés à un procès équitable. Par exemple, des jurés manifestant un zèle politique excessif pourraient ne pas tenir compte de certaines règles de droit et directives du juge du procès qu’ils perçoivent comme des obstacles à la mise au jour de la [TRADUCTION] « vérité » ou ils pourraient tout simplement « se ranger du côté » de la victime. Tout cela, soutient l’appellant, témoigne de l’existence, dans la collectivité, d’un préjugé largement répandu et incompatible avec l’impartialité requise des jurés.

L’appellant ne nie pas que des jurés appelés à juger une infraction grave puissent avoir des opinions bien arrêtées sur les règles de droit applicables. Il ne prétend pas non plus que, pour la plupart des infractions, de telles opinions font craindre l’existence de préjugés dans le cadre d’un procès. Peu de règles du droit criminel font l’unanimité et bon nombre d’entre elles soulèvent des débats passionnés. Le traitement réservé à pratiquement chaque crime grave suscite des opinions très partagées, des critiques ardentes et des appels à la réforme. Toutefois, l’existence d’un désaccord général ou de critiques visant la règle de droit applicable ne signifie pas qu’un candidat juré est enclin à se poser en justicier aux dépens de l’accusé.

L’argument de l’appellant peut être résumé ainsi : quoique des opinions bien arrêtées sur le droit applicable n’indiquent habituellement pas

63

64

65

sexual assaults on children. The difficulty, however, is that there is nothing in the material that supports this contention, nor is it self-evident. There is no indication that jurors are more willing to cross the line from opinion to prejudice in relation to sexual assault than for any other serious crime. It is therefore far from clear that strongly held views about sexual assault translate into bias, in the required sense of a tendency to act in an unfair and prejudicial manner.

l'existence d'un préjugé, il existe une exception dans le cas des agressions sexuelles contre les enfants. Le problème, toutefois, est que la preuve n'étaye pas cette prétention, qui n'est pas non plus évidente. Il n'y a aucune indication que les jurés soient davantage enclins à franchir la ligne séparant l'opinion et le préjugé dans le cas des agressions sexuelles que dans celui des autres crimes graves. Il est donc loin d'être évident que des opinions bien arrêtées à l'égard des agressions sexuelles se traduisent nécessairement par un préjugé au sens requis, savoir une tendance à agir de manière injuste et préjudiciable.

<sup>66</sup> Moreover, assuming that the strong views people may hold about sexual assault raise the possibility of bias, how widespread such views are in Canadian society remains a matter of conjecture. The material before the Court offers no measure of the prevalence in Canadian society of the specific attitudes identified by the appellant as corrosive of juror impartiality. Some people may indeed believe that the justice system is faltering in the face of an epidemic of abuse and that perpetrators of this crime too often escape conviction; yet, it is far from clear that these beliefs are prevalent in our society, let alone that they translate into bias on a widespread scale.

Qui plus est, à supposer que les opinions bien arrêtées que peuvent avoir les gens à l'égard des agressions sexuelles fassent naître une possibilité de préjugé, le caractère généralisé de telles opinions dans la société canadienne continue de relever de la conjecture. La preuve dont dispose la Cour n'indique pas dans quelle mesure les attitudes particulières présentées par l'appelant comme préjudiciables à l'impartialité des jurés sont répandues dans la société canadienne. Il est en effet possible que certaines personnes croient que le système de justice est impuissant à lutter contre une épidémie d'abus sexuels et que les auteurs de tels crimes échappent trop souvent à la condamnation; pourtant, il est loin d'être évident que ces croyances sont répandues dans notre société et encore moins qu'elles se traduisent par un préjugé largement répandu.

(c) *Myths and Stereotypes About Sexual Offences*

c) *Mythes et stéréotypes à propos des infractions d'ordre sexuel*

<sup>67</sup> The appellant suggests that the strong views that surround the crime of sexual assault may contribute to widespread myths and stereotypes that undermine juror impartiality. In any given jury pool, he argues, some people may reason from the prevalence of abuse to the conclusion that the accused is likely guilty; some may assume children never lie about abuse; and some may reason that the accused is more likely to be guilty because he is a man.

L'appelant avance que les opinions bien arrêtées qui entourent le crime d'agression sexuelle sont susceptibles de contribuer à répandre des mythes et des stéréotypes compromettant l'impartialité des jurés. Dans tout groupe de jurés, soutient-il, certaines personnes pourraient déduire du caractère généralisé du problème des abus sexuels que l'accusé est vraisemblablement coupable, d'autres pourraient présumer que les enfants ne mentent jamais à cet égard et, enfin, certaines pourraient se dire que l'accusé est probablement coupable parce qu'il est un homme.

Again, however, the proof falls short. Although these stereotypical beliefs clearly amount to bias that might incline some people against the accused or toward conviction, it is neither notorious nor indisputable that they enjoy widespread acceptance in Canadian society. Myths and stereotypes do indeed pervade public perceptions of sexual assault. Some favour the accused, others the Crown. In the absence of evidence, however, it is difficult to conclude that these stereotypes translate into widespread bias.

(d) *Emotional Nature of Sexual Assault Trials*

The appellant asks the Court to take judicial notice of the emotional nature of sexual assault trials and to conclude that fear, empathy for the victim, and abhorrence of the crime establish widespread bias in the community. His concern is that jurors, faced with allegations of sexual assaults of children, may act on emotion rather than reason. This is particularly the case, he suggests, for past victims of abuse, for whom the moral repugnancy of the crime may be amplified. He emphasizes that the presumption of innocence in criminal trials demands the acquittal of the “probably” guilty. An intense aversion to sexual crimes, he argues, may incline some jurors to err on the side of conviction in such circumstances. Undue empathy for the victim, he adds, may also prompt a juror to “validate” the complaint with a guilty verdict, rather than determine guilt or innocence according to the law.

Crimes commonly arouse deep and strong emotions. They represent a fundamental breach of the perpetrator’s compact with society. Crimes make victims, and jurors cannot help but sympathize

Ici encore, toutefois, la preuve est insuffisante. Bien que ces croyances stéréotypées soient clairement assimilables à des préjugés qui pourraient indisposer des jurés contre l’accusé ou les prédisposer à le déclarer coupable, il n’est ni notoire ni incontestable qu’elles sont généralement acceptées dans la société canadienne. Les mythes et les stéréotypes imprègnent effectivement les perceptions du public à l’égard du problème des agressions sexuelles. Certaines personnes sont favorables à l’accusé, d’autres au ministère public. Cependant, il est difficile, en l’absence de preuve, de conclure que ces stéréotypes se traduisent par un préjugé largement répandu.

d) *Caractère émotivement chargé des procès pour agression sexuelle*

L’appelant demande à la Cour de prendre connaissance d’office du caractère émotivement chargé des procès pour agression sexuelle et de juger que la peur, l’empathie pour la victime et l’aversion pour ce crime établissent l’existence d’un préjugé largement répandu au sein de la collectivité. Il craint que certains jurés saisis d’allégations d’agression sexuelle contre des enfants se laissent guider par l’émotion plutôt que par la raison. L’appelant prétend que cette situation pourrait se présenter de façon plus particulière dans le cas de jurés ayant eux-mêmes été victimes d’abus sexuels, chez qui le caractère moralement répugnant du crime peut être exacerbé. Il souligne que la présomption d’innocence applicable dans les procès criminels commande que les personnes « probablement » coupables soient acquittées. Le fait pour certains jurés de nourrir une intense aversion pour les crimes d’ordre sexuel peut, soutient-il, les inciter à privilégier la déclaration de culpabilité dans de telles circonstances. Il ajoute qu’une empathie excessive pour la victime peut également pousser un juré à « confirmer le bien-fondé » de la plainte par un verdict de culpabilité, plutôt que de décider de la culpabilité ou de l’innocence conformément à la loi.

Les crimes soulèvent fréquemment des émotions vives et profondes. Ils constituent une violation fondamentale du pacte qui existe entre la société et l’auteur du crime. Les crimes font des victimes,

68

69

70

with them. Yet these indisputable facts do not necessarily establish bias, in the sense of an attitude that could unfairly prejudice jurors against the accused or toward conviction. Many crimes routinely tried by jurors are abhorrent. Brutal murders, ruthless frauds and violent attacks are standard fare for jurors. Abhorred as they are, these crimes seldom provoke suggestions of bias incompatible with a fair verdict.

avec lesquelles les jurés ne peuvent s'empêcher de sympathiser. Pourtant, ces faits incontestables n'établissent pas nécessairement l'existence d'un préjugé, c'est-à-dire une attitude qui pourrait indisposer injustement des jurés contre l'accusé ou les prédisposer à le déclarer coupable. De nombreux crimes couramment jugés par des jurys sont odieux. Meurtres brutaux, fraudes impitoyables, attaques violentes, voilà autant de crimes qui constituent le lot quotidien des jurys. Malgré l'aversion qu'ils inspirent, ces crimes suscitent rarement d'allégations de préjugés incompatibles avec un verdict juste.

71

One cannot automatically equate strong emotions with an unfair and prejudicial bias against the accused. Jurors are not expected to be indifferent toward crimes. Nor are they expected to remain neutral toward those shown to have committed such offences. If this were the case, prospective jurors would be routinely and successfully challenged for cause as a preliminary stage in the trial of all serious criminal offences. Instead, we accept that jurors often abhor the crime alleged to have been committed — indeed there would be cause for alarm if representatives of a community did not deplore heinous criminal acts. It would be equally alarming if jurors did not feel empathy or compassion for persons shown to be victims of such acts. These facts alone do not establish bias. There is simply no indication that these attitudes, commendable in themselves, unfairly prejudice jurors against the accused or toward conviction. They are common to the trial of many serious offences and have never grounded a right to challenge for cause.

Il est impossible d'assimiler automatiquement des émotions vives à un préjugé injuste et préjudiciable visant l'accusé. On n'attend pas des jurés qu'ils soient indifférents aux crimes qui sont commis, ni à ce qu'ils restent neutres à l'égard des personnes dont la preuve démontre qu'elles en sont les auteurs. Si c'était le cas, on demanderait régulièrement et avec succès la récusation de jurés, préalablement à tout procès pour une infraction criminelle grave. On admet plutôt qu'il arrivera souvent que des jurés trouvent odieux le crime reproché à l'accusé — d'ailleurs il serait même alarmant que les représentants de la collectivité ne déplorent pas les actes criminels odieux. Il serait également alarmant que les jurés n'éprouvent pas d'empathie ou de compassion envers les victimes de tels actes. Ces faits n'établissent pas à eux seuls l'existence d'un préjugé. Il n'y a tout simplement aucune indication que ces attitudes, louables en soi, indisposent injustement des jurés contre l'accusé ou les prédisposent à le déclarer coupable. Elles sont présentes dans les procès visant nombre d'infractions graves et n'ont jamais fondé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée.

72

Recognizing this fact, the appellant and the intervener Criminal Lawyers' Association ("CLA") contend that allegations of sexual offences against children incite emotional reactions of an intensity above and beyond those invoked by other criminal acts. Such offences, they contend, stand alone in their capacity to inflame jurors and cloud reason. Moldaver J.A., dissenting in *K. (A.)*, distinguished sexual offences from most

Reconnaissant ce fait, l'appellant et l'intervenante Criminal Lawyers' Association (« CLA ») prétendent que des allégations reprochant des infractions d'ordre sexuel contre des enfants suscitent des réactions émotives d'une intensité de beaucoup supérieure à celle provoquée par d'autres actes criminels. Ils plaident que de telles infractions se distinguent par leur capacité de révolter les jurés et d'obscurcir leur jugement. Le juge

other despicable criminal acts, on the basis that “sexual assault trials tend to be emotionally charged, particularly in cases of child abuse, where the mere allegation can trigger feelings of hostility, resentment and disgust in the minds of jurors” (para. 188).

The proposition that sexual offences are generically different from other crimes in their ability to arouse strong passion is not beyond reasonable debate or capable of immediate and accurate demonstration. As such, it does not lend itself to judicial notice. Nor was evidence led on this issue. Some may well react to allegations of a sexual crime with emotions of the intensity described by the appellant. Yet how prevalent such emotions are in Canadian society remains a matter of conjecture. The Court simply cannot reach conclusions on these controversial matters in an evidentiary vacuum. As a result, the appellant has not established the existence of an identifiable bias arising from the emotionally charged nature of sexual crimes, or the prevalence of this bias should it in fact exist.

(e) *The History of Challenges for Cause in Ontario*

The appellant refers this Court to the experience of Ontario trial courts where judges have allowed defence counsel to challenge prospective jurors for cause in cases involving allegations of sexual assault: see Vidmar, *supra*, at p. 5; D. M. Tanovich, D. M. Paciocco, S. Skurka, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law* (1997), at pp. 239-42. These sources, cataloguing 34 cases, indicate that hundreds of potential jurors have been successfully challenged for cause as not indifferent between the Crown and the accused. It is estimated that 36 percent of the prospective jurors challenged were disqualified.

Moldaver, dissident dans l'affaire *K. (A.)*, a établi une distinction entre les infractions d'ordre sexuel et la plupart des autres actes criminels méprisables, parce que [TRADUCTION] « les procès pour agression sexuelle tendent à être chargés émotivement, particulièrement dans les affaires d'abus contre des enfants, où la simple allégation peut susciter de l'hostilité, du ressentiment et du dégoût dans l'esprit des jurés » (par. 188).

L'argument selon lequel les infractions d'ordre sexuel sont génériquement différentes des autres crimes du fait de leur capacité de soulever des passions intenses n'est ni raisonnablement incontestable ni susceptible d'être démontré immédiatement et exactement. Il ne se prête donc pas à la connaissance d'office. Aucune preuve n'a d'ailleurs été présentée sur ce point. Il est bien possible que certaines personnes réagissent à des allégations de crime d'ordre sexuel par des émotions possédant l'intensité décrite par l'appellant. Néanmoins, la question de savoir à quel point ces émotions sont répandues dans la société canadienne relève encore des conjectures. La Cour ne peut tout simplement pas se prononcer sur ces questions controversées en l'absence de preuve. Par conséquent, l'appellant n'a pas démontré l'existence d'un préjugé identifiable découlant du caractère émotivement chargé des affaires de crimes d'ordre sexuel, ni le caractère généralisé de ce préjugé, si en fait il existe.

e) *L'histoire de la procédure de récusation motivée en Ontario*

L'appellant a fait état à la Cour de la situation observée en Ontario dans des procès pour agression sexuelle où les juges ont autorisé des avocats de la défense à demander la récusation motivée de candidats jurés : voir Vidmar, *loc. cit.*, p. 5; D. M. Tanovich, D. M. Paciocco, et S. Skurka, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science and the Law* (1997), p. 239-242. Ces sources, qui font état de 34 affaires, indiquent que des centaines de jurés ont été récusés au motif qu'ils n'étaient pas impartiaux entre la Reine et l'accusé. On estime que 36 pour 100 des jurés dont on demandait la récusation ont été jugés inaptes.

75 The appellant argues that the fact that hundreds of prospective jurors have been found to be partial is in itself sufficient evidence of widespread bias arising from sexual assault trials. This is proof, he asserts, that the social realities surrounding sexual assault trials give rise to prejudicial beliefs, attitudes and emotions on a widespread scale in Canadian communities.

76 The Crown disagrees. It argues first, that the survey lacks validity because of methodological defects, and second, that even if the results are accepted, the successful challenges do not demonstrate a widespread bias, but instead may be attributed to other causes.

77 The first argument against the survey is that its methodology is unsound. The Crown raises a number of concerns: the survey is entirely anecdotal, not comprehensive or random; not all of the questions asked of prospective jurors are indicated; there is no way in which to assess the directions, if any, provided by the trial judge, especially in relation to the distinction between strong opinions or emotions and partiality; and no comparative statistics are provided contrasting these results with the experience in other criminal law contexts. The intervener CLA concedes that the survey falls short of scientific validity, but contends that it nevertheless documents a phenomena of considerable significance. Hundreds of prospective jurors disqualified on the grounds of bias by impartial triers of fact must, it is argued, displace the presumption of juror impartiality. Nonetheless, the lack of methodological rigour and the absence of expert evidence undermine the suggestion that the Ontario experience establishes widespread bias.

78 The second argument against the survey is that the questions asked were so general, and the information elicited so scarce, that no meaningful infer-

L'appelant plaide que le fait que des centaines de jurés aient été déclarés partiaux est en soi une preuve suffisante de l'existence d'un préjugé largement répandu découlant des procès pour agression sexuelle. Il affirme qu'il s'agit d'une preuve que les réalités sociales entourant ces procès font naître des croyances, attitudes et émotions préjudiciables qui sont largement répandues dans les collectivités canadiennes.

Le ministère public n'est pas de cet avis. Il prétend, dans un premier temps, que l'étude manque de validité en raison de lacunes méthodologiques, et, dans un deuxième temps, que même si on accepte les résultats, les récusations obtenues ne démontrent pas l'existence d'un préjugé largement répandu, mais peuvent plutôt être imputées à d'autres causes.

Le premier argument avancé contre l'étude est que sa méthodologie est inadéquate. Le ministère public soulève plusieurs problèmes : l'étude est entièrement anecdotique, elle n'est pas exhaustive et elle est arbitraire; les questions qui ont été posées aux candidats jurés ne sont pas toutes indiquées; il n'y a aucune façon d'apprécier les directives, s'il en est, données par le juge du procès, notamment en ce qui concerne la distinction entre des opinions bien arrêtées ou des émotions intenses d'une part et la partialité d'autre part; enfin, on n'a pas fourni de statistiques comparant ces résultats avec la situation observée dans d'autres domaines du droit criminel. L'intervenante CLA concède que l'étude n'a pas toute la validité scientifique requise, mais affirme qu'elle documente malgré tout un phénomène d'une importance considérable. Le fait que des centaines de candidats jurés aient été jugés inaptes pour cause de partialité par des juges des faits impartiaux a pour effet de réfuter, soutient-on, la présomption d'impartialité des jurés. Néanmoins, le manque de rigueur méthodologique et l'absence de preuve d'expert affaiblissent l'argument que la situation observée en Ontario établit l'existence d'un préjugé largement répandu.

Le deuxième argument plaidé contre l'étude est que les questions posées étaient si générales et les renseignements obtenus si limités qu'il est impos-

ence can be drawn from the responses given by challenged jurors or from the number of potential jurors disqualified. Charron J.A., for the majority in *K. (A.)*, observed that prospective jurors in that case received no meaningful instruction on the nature of jury duty or the meaning and importance of impartiality. Further, they often indicated confusion at the questions posed to them or asked that the questions be repeated. In the end, numerous prospective jurors were disqualified for offering little more than that they would find it difficult to hear a case of this nature, or that they held strong emotions about the sexual abuse of children.

The challenge for cause process rests to a considerable extent on self-assessment of impartiality by the challenged juror, and the response to questions on challenge often will be little more than an affirmation or denial of one's own ability to act impartially in the circumstances of the case. In the absence of guidance, prospective jurors may conflate disqualifying bias with a legitimate apprehension about sitting through a case involving allegations of sexual abuse of children, or the strong views or emotions they may hold on this subject.

Where potential jurors are challenged for racial bias, the risk of social disapprobation and stigma supports the veracity of admissions of potential partiality. No similar indicia of reliability attach to the frank and open admission of concern about one's ability to approach and decide a case of alleged child sexual abuse judiciously. While a prospective juror's admission of racial prejudice may suggest partiality, the same cannot be said of an admission of abhorrence or other emotional attitude toward the sexual abuse of children. We do not know whether the potential jurors who professed concerns about serving on juries for sexual assault charges were doing so because they were biased, or for other reasons. We do not know

sible de tirer quelque conclusion utile des réponses données par les jurés récusés ou du nombre de jurés récusés. Le juge Charron, s'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *K. (A.)*, précitée, a souligné que les candidats jurés dans cette affaire n'avaient reçu aucune instruction utile sur la nature des fonctions d'un juré ni sur la signification et l'importance de l'impartialité. En outre, des candidats jurés ont souvent dit que les questions qui leur étaient posées étaient confuses ou encore demandé qu'on les leur répète. En bout de ligne, de nombreux candidats jurés ont été récusés simplement parce qu'ils ont dit qu'ils trouveraient difficile d'entendre une affaire d'une telle nature ou que les agressions sexuelles commises contre les enfants suscitaient en eux de vives émotions.

La procédure de récusation motivée repose dans une très large mesure sur une auto-évaluation par le candidat juré contesté de son impartialité, et les réponses aux questions qui sont alors posées ne sont rarement plus que l'affirmation ou la dénégation par cette personne de sa capacité d'agir impartialement dans les circonstances de l'affaire. S'ils ne reçoivent pas d'indications, les candidats jurés pourraient assimiler à un préjugé les rendant inaptes avec la crainte légitime qu'ils peuvent éprouver à l'idée de participer à l'audition d'une affaire comportant des allégations d'abus sexuels contre des enfants, ou encore les opinions bien arrêtées ou les émotions intenses qu'ils peuvent avoir ou ressentir, selon le cas, à ce sujet.

Quand des candidats jurés sont récusés pour cause de partialité fondée sur la race, le risque de réprobation et de stigmatisation sociales susceptible de découler d'aveux de possible partialité étaye la véracité de ces aveux. De tels indices de fiabilité ne ressortent toutefois pas du fait pour une personne de reconnaître franchement et ouvertement ses inquiétudes quant à sa capacité d'entendre et de trancher judicieusement une affaire d'abus sexuels contre des enfants. Bien que l'aveu par un candidat juré qu'il nourrit un préjugé racial puisse suggérer la partialité, on ne peut en dire autant de l'admission par une personne que les abus sexuels contre les enfants lui inspirent de l'aversion ou d'autres attitudes émotives. Nous ne savons pas si les can-

79

80

whether they were told that strong emotions and beliefs would not in themselves impair their duty of impartiality, or whether they were informed of the protections built into the trial process.

didats jurés qui ont exprimé des inquiétudes au sujet de leur participation à un jury dans des procès pour agression sexuelle l'ont fait parce qu'ils étaient partiaux ou pour d'autres raisons. Nous ne savons pas si on leur a dit que l'existence d'émotions intenses et de croyances bien arrêtées ne compromettaient pas en soi le respect de leur devoir d'impartialité, ou que le processus judiciaire comportait des mesures de protection à cet égard.

81 In fact, the number of prospective jurors disqualified, although relied on as support for judicial notice of widespread bias, is equally consistent with the conclusion that the challenge processes, despite the best intentions of the participants, disqualified prospective jurors for acknowledging the intense emotions, beliefs, experiences and misgivings anyone might experience when confronted with the prospect of sitting as a juror on a case involving charges of sexual assault of children. As discussed, the mere presence of strong emotions and opinions cannot be equated automatically with bias against the accused or toward conviction.

En fait, quoiqu'il soit invoqué pour demander l'admission d'office d'un préjugé largement répandu, le nombre de candidats jurés déclarés inaptes est également compatible avec la conclusion que, malgré les meilleures intentions des participants, le processus de récusation a déclaré inaptes des candidats jurés parce qu'ils avaient avoué des émotions intenses, des croyances, des expériences et des inquiétudes susceptibles d'être le lot de toute personne faisant face à la possibilité de participer comme juré à un procès pour agression sexuelle contre des enfants. Comme il a été expliqué plus tôt, la simple présence d'émotions intenses ou d'opinions bien arrêtées ne peut être automatiquement assimilée à l'existence d'un préjugé défavorable à l'accusé ou favorable à la déclaration de culpabilité.

82 It follows that the survey of past challenge for cause cases involving charges of sexual assault does not without more establish widespread bias arising from these charges.

Il s'ensuit que l'examen de procès pour agression sexuelle ayant donné lieu à des récusations motivées ne saurait, sans autre preuve, permettre d'établir l'existence d'un préjugé largement répandu découlant de telles accusations.

(f) *Social Science Evidence of "Generic Prejudice"*

f) *Travaux de recherches en sciences sociales sur le « préjugé générique »*

83 The appellant argues that social science research, particularly that of Vidmar, supports the contention that social realities, such as the prevalence of sexual abuse and its politically charged nature, translate into a widespread bias in Canadian society.

L'appelant soutient que les travaux de recherches en sciences sociales, en particulier ceux de Vidmar, appuient la thèse que certaines réalités sociales, par exemple l'ampleur du phénomène de l'abus sexuel et le caractère politiquement chargé de ce problème, se traduisent par un préjugé largement répandu dans la société canadienne.

84 In *Williams, supra*, the Court referred to Vidmar's research in concluding that the partiality targeted by s. 638(1)(b) was not limited to biases

Dans l'arrêt *Williams*, précité, se référant aux travaux de Vidmar, notre Cour a conclu que la partialité visée par l'al. 638(1)(b) ne se limite pas aux

arising from a direct interest in the proceeding or pre-trial exposure to the case, but could arise from any of a variety of sources, including the “nature of the crime itself” (para. 10). However, recognition that the nature of an offence may give rise to “generic prejudice” does not obviate the need for proof. Labels do not govern the availability of challenges for cause. Regardless of how a case is classified, the ultimate issue is whether a realistic possibility exists that some potential jurors may try the case on the basis of prejudicial attitudes and beliefs, rather than the evidence offered at trial. The appellant relies on the work of Vidmar for the proposition that such a possibility does in fact arise from allegations of sexual assault.

Vidmar is known for the theory of a “generic prejudice” against accused persons in sexual assault trials and for the conclusion that the attitudes and beliefs of jurors are frequently reflected in the verdicts of juries on such trials. However, the conclusions of Vidmar do not assist in finding widespread bias. His theory that a “generic prejudice” exists against those charged with sexual assault, although in the nature of expert evidence, has not been proved. Nor can the Court take judicial notice of this contested proposition. With regard to the behaviour of potential jurors, the Court has no foundation in this case to draw an inference of partial juror conduct, as discussed in more detail below, under the behavioural stage of the partiality test.

Vidmar himself acknowledges the limitations of his research. He concedes that the notion of “generic prejudice” lacks scientific validity, and that none of the studies he relies on actually asked the questions typically asked of Canadian jurors, including whether they can impartially adjudicate guilt or innocence in a sexual assault trial: Vidmar, *supra*. Moreover, the authorities Vidmar relies on are almost exclusively “confined to examination of

préjugés découlant d’un intérêt direct dans l’instance ou d’une connaissance de l’affaire préalablement au procès, mais pourrait découler d’un éventail de sources, y compris « la nature du crime lui-même » (par. 10). Toutefois, reconnaître que la nature d’une infraction peut donner lieu à un « préjugé générique » n’écarte pas le besoin de prouver l’existence d’un tel préjugé. L’application de la procédure de récusation motivée n’est pas fonction de telle ou telle désignation. Indépendamment de la façon dont le point est présenté, la question fondamentale est de savoir s’il existe une possibilité réaliste que d’éventuels jurés tranchent l’affaire sur la foi d’attitudes et de croyances préjudiciables, plutôt qu’à la lumière de la preuve présentée au procès. Se fondant sur les travaux de Vidmar, l’appelant affirme que cette possibilité naît effectivement d’allégations d’agression sexuelle.

Vidmar est connu pour la théorie du « préjugé générique » contre les personnes subissant un procès pour agression sexuelle et pour la conclusion que les attitudes et les croyances des jurés se reflètent fréquemment dans leurs verdicts dans de tels procès. Toutefois, ces constatations de Vidmar ne permettent pas de conclure à l’existence d’un préjugé largement répandu. Quoique sa thèse selon laquelle il existe un « préjugé générique » contre les personnes accusées d’agression sexuelle ait la qualité de preuve d’expert, elle n’a pas été prouvée. La Cour ne peut pas non plus prendre connaissance d’office de cette proposition contestée. Relativement au comportement d’éventuels jurés, notre Cour ne dispose en l’espèce d’aucun fondement permettant de conclure à un comportement partial de la part de jurés, tel qu’il sera précisé plus loin, en application du volet comportement du critère applicable en matière de partialité.

Vidmar lui-même reconnaît les limites de ses travaux. Il admet que la notion de « préjugé générique » n’a pas toute la validité scientifique requise et que, dans aucune des études sur lesquelles il se fonde, on a demandé les questions qui sont généralement posées aux jurés au Canada, notamment celle de savoir s’ils sont capables de décider de manière impartiale de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé dans un procès pour agression

85

86

public attitudes towards certain criminal acts, especially child sexual abuse. Not surprisingly, it appears the public is quite disapproving of persons who have sexually abused children, and of such conduct itself': *R. v. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (Gen. Div.) (QL), at para. 7. While judicial notice may be taken of the uncontested fact that sexual crimes are almost universally abhorred, this does not establish widespread bias arising from sexual assault trials.

sexuelle : Vidmar, *loc. cit.* En outre, les sources invoquées par Vidmar se sont presque exclusivement [TRADUCTION] « limitées à examiner les attitudes du public à l'égard de certains actes criminels, particulièrement les abus sexuels contre les enfants. On ne s'étonnera donc pas de constater que le public réproouve profondément et les personnes qui abusent sexuellement des enfants et ce comportement lui-même » : *R. c. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (Div. gén.) (QL), par. 7. Quoiqu'il soit possible de prendre connaissance d'office du fait incontesté que les crimes sexuels inspirent presque universellement le dégoût, ce fait ne prouve pas que les procès pour agression sexuelle sont à l'origine d'un préjugé largement répandu.

87 The attempt of Vidmar and others to conduct scientific research on jury behaviour is commendable. Unfortunately, research into the effect of juror attitudes on deliberations and verdicts is constrained by the almost absolute prohibition in s. 649 of the *Criminal Code* against the disclosure by jury members of information relating to the jury's proceedings. More comprehensive and scientific assessment of this and other aspects of the criminal law and criminal process would be welcome. Should Parliament reconsider this prohibition, it may be that more helpful research into the Canadian experience would emerge. But for now, social science evidence appears to cast little light on the extent of any "generic prejudice" relating to charges of sexual assault, or its relationship to jury verdicts.

Les efforts déployés par Vidmar et d'autres personnes pour effectuer des recherches scientifiques sur le comportement des jurés sont louables. Malheureusement, l'interdiction quasi absolue faite par l'art. 649 du *Code criminel* aux membres d'un jury de divulguer tout renseignement relatif aux délibérations du jury limite les recherches sur l'effet des attitudes des jurés sur leurs délibérations et leurs verdicts. Il serait opportun qu'on procède à une analyse plus exhaustive et scientifique de cette question et d'autres aspects du droit criminel et du processus pénal. Si le législateur décidait de réexaminer cette interdiction, cela entraînerait peut-être la réalisation d'un plus grand nombre de travaux utiles sur la situation au Canada. Mais, pour l'instant, la preuve relevant des sciences sociales semble jeter peu de lumière sur l'ampleur de tout « préjugé générique » qui se rattacherait aux accusations d'agression sexuelle ou sur le lien qu'il aurait avec les verdicts des jurys.

(g) *Conclusions on the Existence of a Relevant, Widespread Bias*

g) *Conclusions sur l'existence d'un préjugé pertinent largement répandu*

88 Do the factors cited by the appellant, taken together, establish widespread bias arising from charges relating to sexual abuse of children? In my view, they do not. The material presented by the appellant, considered in its totality, falls short of grounding judicial notice of widespread bias in Canadian society against the accused in such trials. At best, it establishes that the crime of sexual

Considérés ensemble, les facteurs énumérés par l'appelant établissent-ils l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations se rapportant à des abus sexuels contre des enfants? Je suis d'avis que non. L'ensemble du dossier présenté par l'appelant ne justifie pas d'admettre d'office l'existence, au sein de la société canadienne, d'un préjugé largement répandu défavorable aux

assault, like many serious crimes, frequently elicits strong attitudes and emotions.

However, the two branches of the test for partiality are not watertight compartments. Given the challenge of proving facts as elusive as the nature and scope of prejudicial attitudes, and the need to err on the side of caution, I prefer not to resolve this case entirely at the first, attitudinal stage. Out of an abundance of caution, I will proceed to consider the potential impact, if any, of the alleged biases on juror behaviour.

2. Is it Reasonable to Infer that Some Jurors May Be Incapable of Setting Aside Their Biases Despite Trial Safeguards?

The fact that members of the jury pool may harbour prejudicial attitudes, opinions or feelings is not, in itself, sufficient to support an entitlement to challenge for cause. There must also exist a realistic possibility that some jurors may be unable or unwilling to set aside these prejudices to render a decision in strict accordance with the law. This is referred to as the behavioural aspect of the test for partiality.

The applicant need not always adduce direct evidence establishing this link between the bias in issue and detrimental effects on the trial process. Even in the absence of such evidence, a trial judge may reasonably infer that some strains of bias by their very nature may prove difficult for jurors to identify and eliminate from their reasoning.

This inference, however, is not automatic. Its strength varies with the nature of the bias in issue, and its amenability to judicial cleansing. In *Williams*, the Court inferred a behavioural link between the pervasive racial prejudice established

accusés dans les procès à cet égard. Tout au plus établit-il que, à l'instar de beaucoup d'autres crimes graves, le crime d'agression sexuelle suscite fréquemment de vives émotions et des attitudes bien campées.

Cependant, les deux volets du critère applicable en matière de partialité ne sont pas des formules rigides. Compte tenu, d'une part, de la difficulté que pose la preuve de faits aussi intangibles que la nature et l'ampleur d'attitudes préjudiciables et, d'autre part, du besoin de pécher par excès de prudence, je préfère ne pas trancher entièrement la présente affaire à la première étape, savoir le volet attitude. Par souci de précaution, je vais maintenant examiner l'effet potentiel, s'il en est, des préjugés allégués sur le comportement d'un juré.

2. Est-il raisonnable de conclure que des jurés pourraient être incapables de faire abstraction de leurs préjugés malgré les garanties assortissant le procès?

Le fait que certaines personnes faisant partie du tableau des jurés puissent nourrir des attitudes, opinions ou sentiments préjudiciables n'est pas en lui-même suffisant pour fonder le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Il doit également exister une possibilité réaliste que des jurés ne soient pas capables de faire abstraction de ces préjugés afin de rendre une décision en stricte conformité avec la loi, ou encore qu'ils ne soient pas disposés à le faire. Il s'agit du volet comportement du critère applicable en matière de partialité.

Le demandeur n'a pas toujours besoin de présenter une preuve directe du préjugé allégué et de ses effets préjudiciables sur le procès. Même en l'absence d'une telle preuve, le juge du procès peut raisonnablement conclure que, en raison de la nature même de certains types de préjugés, il pourrait être difficile pour les jurés de les reconnaître et de les éliminer de leur raisonnement.

Cette conclusion ne coule toutefois pas de source. Sa force varie en fonction de la nature du préjugé en jeu et de la perméabilité de celui-ci à l'effet épurateur du processus judiciaire. Dans l'arrêt *Williams*, notre Cour a conclu à l'existence

89

90

91

92

on the evidence and the possibility that some jurors, consciously or not, would decide the case based on prejudice and stereotype. Such a result, however, is not inevitable for every form of bias, prejudice or preconception. In some circumstances, the appropriate inference is that the “pre-dispositions can be safely regarded as curable by judicial direction”: *Williams, supra*, at para. 24.

d’un lien d’ordre comportemental entre le préjugé racial omniprésent qu’avait établi la preuve et la possibilité que, consciemment ou non, des jurés tranchent l’affaire sur le fondement de préjugés et de stéréotypes. Un tel résultat n’est toutefois pas inévitable pour toutes les formes de préjugés ou d’idées préconçues. Dans certaines circonstances, la conclusion qui s’impose est que « les directives [. . .] [du juge du procès] permettront à coup sûr de remédier à certaines inclinations » : *Williams, précité*, par. 24.

93 Fundamental distinctions exist between the racial prejudice at issue in *Williams* and a more general bias relating to the nature of the offence itself. These differences relate both to the nature of these respective biases, and to their susceptibility (or resistance) to cleansing by the trial process. It may be useful to examine these differences before embarking on a more extensive consideration of the potential effects on the trial process, if any, of the biases alleged in the present case.

Il existe des distinctions fondamentales entre le préjugé racial en cause dans *Williams* et un préjugé plus général se rapportant à la nature de l’infraction elle-même. Ces différences portent à la fois sur la nature de ces préjugés et sur leur susceptibilité (ou résistance) à l’effet épurateur du processus judiciaire. Il serait utile d’examiner ces différences avant de procéder à une analyse plus approfondie de l’effet potentiel sur le procès, s’il en est, des préjugés allégués en l’espèce.

94 The first difference is that race may impact more directly on the jury’s decision than bias stemming from the nature of the offence. As Moldaver J.A. stated in *Betker, supra*, at p. 441, “[r]acial prejudice is a form of bias directed against a particular class of accused by virtue of an identifiable immutable characteristic. There is a direct and logical connection between the prejudice asserted and the particular accused”. By contrast, the aversion, fear, abhorrence, and beliefs alleged to surround sexual assault offences may lack this cogent and irresistible connection to the accused. Unlike racial prejudice, they do not point a finger at a particular accused.

La première différence est que la race peut influencer plus directement la décision d’un jury qu’un préjugé découlant de la nature de l’infraction. Comme l’a dit le juge Moldaver dans l’affaire *Betker, précitée*, p. 441, [TRADUCTION] « [l]e préjugé racial est une forme de préjugé dirigé contre une catégorie particulière d’accusés en raison d’une caractéristique immuable identifiable. Il existe un lien logique et direct entre le préjugé allégué et l’accusé concerné ». Par contraste, l’aversion, la peur, la répugnance et les croyances qui, prétend-on, entourent les infractions d’agression sexuelle peuvent ne pas présenter ce lien convaincant et irrésistible avec l’accusé. Contrairement au préjugé racial, ces facteurs ne visent pas un accusé en particulier.

95 Second, trial safeguards may be less successful in cleansing racial prejudice than other types of bias, as recognized in *Williams*. As Doherty J.A. observed in *Parks, supra*, at p. 371: “[i]n deciding whether the post-jury selection safeguards against partiality provide a reliable antidote to racial bias, the nature of that bias must be emphasized”. The nature of racial prejudice — in particular its subtle, systemic and often unconscious operation — com-

Deuxièmement, comme il a été reconnu dans *Williams*, il est possible que les garanties assortissant le procès filtrent moins efficacement les préjugés raciaux que d’autres types de préjugés. Comme l’a souligné le juge Doherty dans l’affaire *Parks, précitée*, p. 371 : [TRADUCTION] « [p]our décider si les garanties visant à assurer l’impartialité du jury après sa sélection constituent un antidote sûr contre les préjugés raciaux, il faut s’atta-

pelled the inference in *Williams* that some people might be incapable of effacing, or even identifying, its influence on their reasoning. In reaching this conclusion, the Court emphasized the “invasive and elusive” operation of racial prejudice and its foundation “on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals” (paras. 21-22).

The biases alleged in this case, by contrast, may be more susceptible to cleansing by the rigours of the trial process. They are more likely to be overt and acknowledged than is racial prejudice, and hence more easily removed. Jurors are more likely to recognize and counteract them. The trial judge is more likely to address these concerns in the course of directions to the jury, as are counsel in their addresses. Offence-based bias has concerned the trial process throughout its long evolution, and many of the safeguards the law has developed may be seen as a response to it.

Against this background, I turn to the question of whether the biases alleged to arise from the nature of sexual assault, if established, might lead jurors to decide the case in an unfair and prejudicial way, despite the cleansing effect of the trial process.

First, the appellant contends that some jurors, whether victims, friends of victims, or simply people holding strong views about sexual assault, may not be able to set aside strong beliefs about this crime — for example, that the justice system is biased against complainants, that there exists an epidemic of abuse that must be halted, or that conviction rates are too low — and decide the case solely on its merits. Some jurors, he says, may disregard rules of law that are perceived as obstructing the “truth” of what occurred. Others may simply “cast their lot” with groups that have

cher à la nature de ces préjugés ». La nature du préjugé racial — notamment son fonctionnement subtil, systémique et souvent inconscient — a forcé à conclure, dans *Williams*, que certaines personnes pourraient être incapables d’éliminer, voire de déceler, son influence sur leur raisonnement. En tirant cette conclusion, la Cour a souligné les effets « attentatoires et insaisissables » des préjugés raciaux et le fait qu’ils reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu’ils s’en rendent compte » (par. 21-22).

À l’opposé, il est possible que les préjugés allégués en l’espèce soient plus susceptibles d’être épurés par les garanties rigoureuses assortissant le procès à cet égard. Il est fort probable que ces préjugés soient plus manifestes et plus ouvertement admis que les préjugés raciaux et, de ce fait, plus faciles à éliminer. Les jurés sont davantage susceptibles de les déceler et de les contrer. Il est probable que le juge du procès fera état de cette préoccupation dans ses directives au jury, tout comme le feront les avocats dans leur exposé. Les préjugés liés à l’infraction constituent un problème qui a affecté l’institution du procès durant toute sa longue évolution et bon nombre des garanties que lui a greffées le droit peuvent être considérées comme des réponses à ce problème.

J’aborde maintenant, sur cette toile de fond, la question de savoir si les préjugés qui découlent, prétend-on, de la nature de l’agression sexuelle pourraient, s’ils sont prouvés, amener des jurés à statuer sur l’affaire de manière injuste et préjudiciable, malgré l’effet épurateur du procès.

Premièrement, l’appellant soutient qu’il est possible que certains jurés, qu’il s’agisse de victimes, d’amis d’une victime ou simplement de personnes ayant des opinions bien arrêtées sur les agressions sexuelles, soient incapables de faire abstraction de ces opinions — par exemple que le système de justice a un parti pris contre les plaignants, qu’il sévit une épidémie d’abus sexuels qui doit être stoppée ou encore que les taux de déclaration de culpabilité sont trop bas — et de trancher l’affaire en fonction seulement de son bien-fondé. Des jurés, dit-il, pourraient ne pas tenir compte de règles de droit

96

97

98

been victimized. These possibilities, he contends, support a reasonable inference that strong opinions may translate into a realistic potential for partial juror conduct.

qu'ils perçoivent comme des obstacles à la mise au jour de la « vérité ». D'autres pourraient tout simplement « se ranger du côté » de groupes ayant été victimisés. Selon lui, ces possibilités permettent de tirer la conclusion raisonnable que des opinions bien arrêtées peuvent se traduire par une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés.

99 This argument cannot succeed. As discussed, strongly held political views do not necessarily suggest that jurors will act unfairly in an actual trial. Indeed, passionate advocacy for law reform may be an expression of the highest respect for the rule of law, not a sign that one is willing to subvert its operation at the expense of the accused. As Moldaver J.A. eloquently observed in *Betker*, *supra*, at p. 447, “the test for partiality is not whether one seeks to change the law but whether one is capable of upholding the law . . .”.

Cet argument ne saurait être retenu. Comme il a été vu plus tôt, le fait que des jurés aient des convictions politiques bien arrêtées ne signifie pas nécessairement qu'ils agiront de manière injuste dans un vrai procès. De fait, un plaidoyer passionné en faveur de la réforme du droit peut être considéré comme l'expression d'un très grand respect pour la primauté du droit, plutôt que comme un signe que quelqu'un est disposé à écarter son application au détriment de l'accusé. Comme l'a éloquentement fait remarquer le juge Moldaver dans l'affaire *Betker*, précitée, p. 447, [TRADUCTION] « le critère applicable en matière de partialité ne consiste pas à se demander si une personne veut changer le droit, mais plutôt si elle capable de soutenir son application . . . ».

100 In the absence of evidence that such beliefs and attitudes may affect jury behaviour in an unfair manner, it is difficult to conclude that they will not be cleansed by the trial process. Only speculation supports the proposition that jurors will act on general opinions and beliefs to the detriment of an individual accused, in disregard of their oath or affirmation, the presumption of innocence, and the directions of the trial judge.

En l'absence de preuve que de telles attitudes et croyances pourraient influencer de manière injuste le comportement du jury, il est difficile de conclure que le procès ne filtrera pas leurs effets. L'argument que des jurés agiront au détriment d'un accusé donné sur la foi d'opinions et de croyances générales et au mépris de leur serment ou affirmation solennelle, de la présomption d'innocence et des directives du juge du procès ne repose que sur de simples conjectures.

101 The appellant also contends that myths and stereotypes attached to the crime of sexual assault may unfairly inform the deliberation of some jurors. However, strong, sometimes biased, assumptions about sexual behaviour are not new to sexual assault trials. Traditional myths and stereotypes have long tainted the assessment of the conduct and veracity of complainants in sexual assault cases — the belief that women of “unchaste” character are more likely to have consented or are less worthy of belief; that passivity or even resistance may in fact constitute consent; and that some women invite sexual assault by reason of their

L'appelant prétend également que les mythes et les stéréotypes liés au crime d'agression sexuelle peuvent influencer injustement les délibérations de certains jurés. Cependant, l'existence des suppositions bien campées et parfois empreintes de préjugés relativement au comportement sexuel n'est pas un phénomène nouveau dans les procès pour agression sexuelle. Certains mythes et stéréotypes traditionnels affectent depuis longtemps l'appréciation de la conduite des plaignants et de la véracité de leur témoignage dans les affaires d'agression sexuelle — mentionnons la croyance selon laquelle les femmes « non chastes » ont vraisem-

dress or behaviour, to name only a few. Based on overwhelming evidence from relevant social science literature, this Court has been willing to accept the prevailing existence of such myths and stereotypes: see, for example, *Seaboyer, supra*; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 669-71; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 94-97.

Child complainants may similarly be subject to stereotypical assumptions, such as the belief that stories of abuse are probably fabricated if not reported immediately, or that the testimony of children is inherently unreliable: *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; N. Bala, “Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System”, in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 231.

These myths and stereotypes about child and adult complainants are particularly invidious because they comprise part of the fabric of social “common sense” in which we are daily immersed. Their pervasiveness, and the subtlety of their operation, create the risk that victims of abuse will be blamed or unjustly discredited in the minds of both judges and jurors.

Yet the prevalence of such attitudes has never been held to justify challenges for cause as of right by Crown prosecutors. Instead, we have traditionally trusted the trial process to ensure that such attitudes will not prevent jurors from acting impartially. We have relied on the rules of evidence, statutory protections, and guidance from the judge and counsel to clarify potential misconceptions and

ablement consenti aux actes reprochés ou qu’elles sont moins dignes de foi, la croyance selon laquelle la passivité ou même la résistance peuvent en fait être assimilées à consentement et la croyance selon laquelle certaines femmes invitent à l’agression sexuelle par leur tenue vestimentaire ou leur comportement, pour n’en nommer que quelques-unes. Sur le fondement d’une preuve convaincante, tirée d’une abondante littérature pertinente relevant des sciences sociales, notre Cour s’est montrée disposée à accepter l’existence de tels mythes et stéréotypes : voir, par exemple, *Seaboyer*, précité; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 669-671; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 94-97.

Lorsque le plaignant est un enfant, il est également possible qu’on applique des suppositions stéréotypées, par exemple la croyance que ses récits d’abus sexuels sont probablement inventés si les faits n’ont pas été signalés immédiatement ou la croyance que le témoignage d’un enfant est intrinsèquement peu fiable : *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; N. Bala, « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l’administration de la justice* (1993), 231.

Ces mythes et stéréotypes à l’égard des plaignants — tant adultes qu’enfants — sont particulièrement odieux parce qu’ils font partie du « sens commun » social qui constitue la trame de notre existence quotidienne. Leur omniprésence ainsi que la subtilité de leur influence font naître le risque que, tant dans l’esprit des juges que dans celui des jurés, les victimes d’abus sexuels soient blâmées ou injustement discréditées.

Pourtant, il n’a jamais été jugé que le caractère généralisé de ces attitudes justifiait de permettre aux procureurs du ministère public de recourir de plein droit à la procédure de récusation motivée. Au contraire, nous nous en sommes traditionnellement remis aux garanties assortissant le procès pour faire en sorte que ces attitudes n’empêchent pas les jurés d’agir impartialement. Nous nous en

102

103

104

promote a reasoned verdict based solely on the merits of the case.

105 Absent evidence to the contrary, there is no reason to believe that stereotypical attitudes about accused persons are more elusive of these cleansing measures than stereotypical attitudes about complainants. It follows that the myths and stereotypes alleged by the appellant, even if widespread, provide little support for any inference of a behavioural link between these beliefs and the potential for juror partiality.

106 Finally, the appellant argues that the strong emotions evoked by allegations of sexual assault, especially in cases involving child complainants, may distort the reasoning of some jurors. He emphasizes that a strongly held aversion to the offence may incline some jurors to err on the side of conviction. Others may be swayed by “undue empathy” for the alleged victim, perceiving the case as a rejection or validation of the complainant’s claim, rather than a determination of the accused’s guilt or innocence according to law.

107 Again, absent evidence, it is highly speculative to suggest that the emotions surrounding sexual crimes will lead to prejudicial and unfair juror behaviour. As discussed, the safeguards of the trial process and the instructions of the trial judge are designed to replace emotional reactions with rational, dispassionate assessment. Our long experience in the context of the trial of other serious offences suggests that our faith in this cleansing process is not misplaced. The presumption of innocence, the oath or affirmation, the diffusive effects of collective deliberation, the requirement of jury unanimity, specific directions from the trial judge and counsel, a regime of evidentiary and statutory protections, the adversarial nature of the proceedings and their general solemnity, and numerous other precautions both subtle and manifest — all

remettons aux règles de preuve, aux protections prévues par les lois ainsi qu’aux indications du juge et des avocats pour écarter les malentendus potentiels et favoriser le prononcé d’un verdict raisonné, reposant uniquement sur le bien-fondé de l’affaire.

En l’absence de preuve à l’effet contraire, il n’y a aucune raison de considérer que les attitudes stéréotypées visant les accusés échappent davantage aux mesures épuratrices que celles visant les plaignants. Il s’ensuit que, même s’ils étaient largement répandus, les mythes et stéréotypes allégués par l’appelant ne permettent guère de conclure à l’existence d’un lien d’ordre comportemental entre ces croyances et le risque de partialité des jurés.

Enfin, l’appelant plaide que les émotions intenses que suscitent des allégations d’agression sexuelle, particulièrement dans les cas où le plaignant est un enfant, peuvent altérer le raisonnement de certains jurés. Il souligne qu’une profonde aversion pour l’infraction en cause pourrait inciter des jurés à privilégier la déclaration de culpabilité. D’autres pourraient être influencés par une « empathie excessive » pour la présumée victime, considérant ainsi l’objet de l’instance comme étant le rejet ou la confirmation de la plainte du plaignant plutôt que la détermination de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé conformément à la loi.

Encore une fois, en l’absence de preuve, la suggestion que les émotions entourant les crimes sexuels donneront lieu à un comportement préjudiciable et injuste de la part des jurés est éminemment conjecturale. Comme il a été mentionné précédemment, les garanties qu’offrent le procès et les directives du juge qui le préside ont pour objet de substituer une appréciation rationnelle et sereine aux réactions émotives. La longue expérience que nous possédons en matière de procès visant d’autres infractions graves tend à indiquer que notre foi dans l’effet épurateur de ce processus n’est pas mal placée. La présomption d’innocence, le serment ou l’affirmation solennelle, l’effet informatif de la délibération collective, l’obligation d’unanimité du jury, les directives précises de juge du procès et des avocats, le régime de protections

collaborate to keep the jury on the path to an impartial verdict despite offence-based prejudice. The appellant has not established that the offences with which he is charged give rise to a strain of bias that is uniquely capable of eluding the cleansing effect of these trial safeguards.

It follows that even if widespread bias were established, we cannot safely infer, on the record before the Court, that it would lead to unfair, prejudicial and partial juror behaviour. This is not to suggest that an accused can never be prejudiced by the mere fact of the nature and circumstances of the charges he or she faces; rather, the inference between social attitudes and jury behaviour is simply far less obvious and compelling in this context, and more may be required to satisfy a court that this inference may be reasonably drawn. The nature of offence-based bias, as discussed, suggests that the circumstances in which it is found to be both widespread in the community and resistant to the safeguards of trial may prove exceptional. Nonetheless, I would not foreclose the possibility that such circumstances may arise. If widespread bias arising from sexual assault were established in a future case, it would be for the court in that case to determine whether this bias gives rise to a realistic potential for partial juror conduct in the community from which the jury pool is drawn. I would only caution that in deciding whether to draw an inference of adverse effect on jury behaviour the court should take into account the nature of the bias and its susceptibility to cleansing by the trial process.

prévues par le droit de la preuve et les lois, le caractère contradictoire de la procédure et sa solennité générale ainsi que de nombreuses autres précautions, subtiles et manifestes, sont autant d'éléments qui contribuent à maintenir les jurés sur la voie d'un verdict impartial malgré les préjugés liés à l'infraction. L'appelant n'a pas démontré que les infractions dont il est accusé engendrent un type de préjugé qui serait exceptionnellement imperméable à l'effet épurateur de ces garanties assortissant le procès.

En conséquence, même si l'existence d'un préjugé largement répandu avait été établie, nous ne sommes pas en mesure de conclure avec certitude, à la lumière du dossier présenté à la Cour, que ce préjugé entraînerait un comportement injuste, partial et préjudiciable de la part des jurés. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut jamais arriver qu'un accusé soit victime de préjugés du seul fait de la nature et des circonstances des accusations portées contre lui. Cela signifie plutôt, d'une part, que la conclusion qu'il existerait un lien entre des attitudes sociales et le comportement du jury est tout simplement beaucoup moins évidente et irrésistible dans le présent contexte, et, d'autre part, qu'une preuve plus abondante pourrait être requise pour convaincre le tribunal que cette conclusion peut raisonnablement être tirée. Comme il a été vu plus tôt, la nature des préjugés liés à l'infraction tend à indiquer que les cas où l'on conclurait à l'existence d'un préjugé à la fois largement répandu dans la collectivité et résistant aux garanties assortissant le procès pourraient se révéler plutôt rares. Néanmoins, je n'exclus pas la possibilité que de tels cas se présentent. Si, dans une future affaire, on établissait l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations d'agression sexuelle, il appartiendrait alors au tribunal de déterminer si ce préjugé fait naître une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés dans la collectivité au sein de laquelle le tableau des jurés est constitué. Je ferais toutefois la mise en garde suivante : le tribunal appelé à décider s'il y a lieu de conclure qu'un préjugé aurait un effet néfaste sur le comportement du jury doit prendre en compte la nature de ce préjugé et sa susceptibilité à l'effet épurateur du procès.

VI. Conclusion

109 The case for widespread bias arising from the nature of charges of sexual assault on children is tenuous. Moreover, even if the appellant had demonstrated widespread bias, its link to actual juror behaviour is speculative, leaving the presumption that it would be cleansed by the trial process firmly in place. Many criminal trials engage strongly held views and stir up powerful emotions — indeed, even revulsion and abhorrence. Such is the nature of the trial process. Absent proof, we cannot simply assume that strong beliefs and emotions translate into a realistic potential for partiality, grounding a right to challenge for cause. I agree with the majority of the Court of Appeal that the appellant has not established that the trial judge erred in refusing to permit him to challenge prospective jurors for cause.

110 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto; Sapone & Cautillo, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Edelson & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

VI. Conclusion

Les arguments appuyant l'existence d'un préjugé largement répandu découlant de la nature des accusations reprochant des agressions sexuelles contre des enfants sont minces. En outre, même si l'appelant avait établi l'existence d'un tel préjugé, le lien entre celui-ci et le comportement concret des jurés est théorique, ce qui laisse intacte la présomption qu'il serait filtré par les garanties assortissant le procès. De nombreux procès criminels donnent lieu à l'expression d'opinions bien arrêtées, en plus de susciter des émotions intenses — parfois même la revulsion et l'aversion. Telle est la nature des procès. En l'absence de preuve, nous ne pouvons nous contenter de présumer que des croyances bien arrêtées et des émotions intenses se traduisent par une possibilité réaliste de partialité fondant le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Je souscris à l'opinion de la majorité de la Cour d'appel que l'appelant n'a pas démontré que le juge du procès avait fait erreur en refusant de lui permettre de demander la récusation motivée de candidats jurés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Pinkofsky Lockyer, Toronto; Sapone & Cautillo, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Edelson & Associates, Ottawa.*

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