

Rui Wen Pan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

and between

Bradley Sawyer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PAN; R. v. SAWYER

Neutral citation: 2001 SCC 42.

File Nos.: 27424, 27277.

2000: December 8; 2001: June 29.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether common law rule of jury secrecy and Criminal Code prohibition on disclosure of information about “proceedings of the jury” consistent with principles of fundamental justice — Canadian

Rui Wen Pan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

et entre

Bradley Sawyer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PAN; R. c. SAWYER

Référence neutre : 2001 CSC 42.

Nos du greffe : 27424, 27277.

2000 : 8 décembre; 2001 : 29 juin.

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 constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — La règle de common law sur le secret des délibérations du jury et la disposition du Code criminel interdisant aux jurés de divulguer tout renseignement relatif aux « délibérations du jury » sont-elles

Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Juries — Rule of jury secrecy — Common law rule of jury secrecy providing that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach jury's verdict — Whether common law rule of jury secrecy constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Juries — Disclosure of jury proceedings — Criminal Code prohibiting disclosure of information about "proceedings of the jury" except where disclosure is in context of obstruction of justice proceedings involving a juror — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 649.

Criminal law — Abuse of process — Fundamental justice — Double jeopardy — Whether mistrial improperly declared at end of accused's second trial — Whether proceedings against accused should have been stayed at outset of third trial — Whether holding of third trial violated principle against double jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(h).

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

The appellant P's original trial on a charge of first degree murder resulted in a hung jury. A second trial was held, at the end of which the trial judge declared a mistrial. During the jury's deliberations, juror #1 had sent a note to the trial judge, asking him to poll the jurors after the verdict was read out. Following the declaration of the mistrial, the 11 other jurors from the second trial wrote to the Attorney General to complain about the jury selection process, the conduct of juror #1 and the declaration of a mistrial. An investigation into the conduct of the jurors at the second trial was conducted by the Attorney General, but no charges were laid.

Prior to his third trial, P brought an application for a stay of proceedings. P challenged the constitutional validity of the common law jury secrecy rule and of s. 649 of the *Criminal Code*, which makes it an offence for a juror to disclose "any information relating to the

compatibles avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Juries — Règle sur le secret des délibérations du jury — Règle de common law sur le secret des délibérations du jury établissant que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict du jury — Cette règle est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Juries — Divulgence des délibérations du jury — Disposition du Code criminel interdisant la divulgation de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice — Cette disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 649.

Droit criminel — Abus de procédure — Justice fondamentale — Double incrimination — L'annulation du deuxième procès de l'accusé était-elle justifiée? — L'arrêt des procédures aurait-il dû être ordonné dès le début du troisième procès de l'accusé? — La tenue du troisième procès a-t-elle contrevenu au principe de la protection contre la double incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11h).

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Le procès initial de l'appellant P pour meurtre au premier degré a abouti à un désaccord du jury. À la fin du deuxième procès, le juge a prononcé l'annulation de celui-ci. Pendant les délibérations du jury, la jurée numéro un a fait parvenir une note au juge du procès afin que ce dernier, après la lecture du verdict, demande un à un aux jurés de faire connaître leur verdict. Après l'annulation du procès, les onze autres jurés du deuxième procès ont écrit au procureur général pour dénoncer le processus de sélection, la conduite de la jurée numéro un et l'annulation du procès. Le procureur général a mené une enquête sur la conduite des jurés du deuxième procès, mais aucune accusation n'a été portée.

Avant son troisième procès, P a présenté une demande d'arrêt des procédures. Il a contesté la validité constitutionnelle de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury ainsi que de l'art. 649 du *Code criminel*, aux termes duquel constitue une infraction crimi-

proceedings of the jury when it was absent from the courtroom”, except where that information was subsequently disclosed in open court or is disclosed for the purposes of an investigation or criminal proceedings in relation to an offence of obstructing justice under s. 139(2) of the *Code*. He also sought to admit as evidence the testimony of jurors as to what had occurred during the jury deliberations at the second trial. The trial judge dismissed the application for a stay of proceedings and upheld the constitutionality of both the statutory and the common law jury secrecy rules. Evidence from jurors at the second trial was held to be inadmissible. The third trial resulted in a guilty verdict, which was upheld by the Court of Appeal.

The appellant S and his co-accused were convicted by a jury of assault causing bodily harm. At the sentencing hearing, counsel for S advised the trial judge that, subsequent to the trial, a juror had contacted S and told him that there had been undue pressure on her to convict and that other members of the jury had made racist comments. Counsel for S asked the trial judge to conduct an inquiry to investigate the substance of the allegations made by the juror. The trial judge declined to do so on the basis of lack of jurisdiction. A request to the Ministry of the Attorney General to conduct an inquiry was also refused. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeals should be dismissed.

The proposition that the jury must deliberate in private, free from outside interference, is a principle that has deep roots in the English common law. The common law rule of jury secrecy, which prohibits the court from receiving evidence of jury deliberations for the purpose of impeaching a verdict, similarly reflects a desire to preserve the secrecy of the jury deliberation process and to shield the jury from outside influences. Statements made, opinions expressed, arguments advanced and votes cast by members of a jury in the course of their deliberations are inadmissible in any legal proceedings. In particular, jurors may not testify about the effect of anything on their or other jurors' minds, emotions or ultimate decision. On the other hand, the common law rule does not render inadmissible evidence of facts, statements or events extrinsic to the

nelle la divulgation par un juré de « tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience », sauf s'il est divulgué par la suite en plein tribunal ou dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure pénale se rapportant à l'infraction d'entrave à la justice prévue au par. 139(2) du *Code*. L'appelant a aussi voulu présenter en preuve les dépositions des jurés sur ce qui s'était passé pendant leurs délibérations au cours du deuxième procès. Le juge du procès a rejeté la demande d'arrêt des procédures et a confirmé la constitutionnalité tant de la règle d'origine législative que de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Les dépositions des jurés ayant participé au deuxième procès ont été jugées irrecevables. Le troisième procès a donné lieu à un verdict de culpabilité que la Cour d'appel a confirmé.

Un jury a reconnu l'appelant S et son coaccusé coupables de voies de fait causant des lésions corporelles. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de S a informé le juge du procès que, après le procès, une jurée était entrée en communication avec S et lui avait dit, d'une part, qu'on avait exercé des pressions indues sur elle pour qu'elle se prononce en faveur de la culpabilité et, d'autre part, que d'autres membres du jury avaient tenu des propos racistes. L'avocat de S a demandé au juge du procès de faire enquête sur le bien-fondé des allégations de la jurée. Le juge a refusé, invoquant l'absence de compétence pour le faire. La demande d'enquête adressée au ministère du Procureur général a également été rejetée. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La proposition selon laquelle le jury doit délibérer en privé, à l'abri des interventions extérieures, est un principe qui est profondément enraciné dans la common law britannique. La règle de common law sur le secret des délibérations, qui interdit au tribunal d'admettre des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury et visant à attaquer le verdict, traduit aussi le désir de préserver le secret du processus de délibération et de protéger le jury des influences extérieures. Les déclarations, opinions, arguments et votes des jurés au cours de leurs délibérations sont inadmissibles dans toute instance judiciaire. Plus particulièrement, un juré ne peut témoigner sur l'effet qu'a eu quoi que ce soit sur son esprit, ses sentiments ou sa décision finale, ou sur l'esprit, les sentiments ou la décision finale des autres jurés. Par ailleurs, la règle de common law ne rend pas inadmissible la preuve de faits, de déclarations ou d'événements étrangers au processus de délibération et susceptibles

deliberation process, whether originating from a juror or from a third party, that may have tainted the verdict.

Evidence indicating that the jury has been exposed to some information or influence from outside the jury should be admissible for the purpose of considering whether there is a reasonable possibility that this information or influence had an effect upon the jury's verdict. Such evidence should be admissible regardless of whether it is a juror or someone outside the jury who offers the evidence. However, while jurors may testify as to whether they were exposed to extrinsic information in the course of their deliberations, the court should not admit evidence as to what effect such information had upon their deliberations. While jurors appropriately bring to their task their entire life's experiences, if a juror, or a third party, conveys to the jury information that bears directly on the case at hand that was not admitted at trial, by reason of an oversight or a strategic decision by counsel or, worse yet, by operation of an exclusionary rule of admissibility, then it is truly a matter "extrinsic" to the deliberation process and the fact that it was introduced into that process may be revealed.

The common law rule of jury secrecy does not infringe the appellants' rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The common law rule, in combination with s. 649 of the *Code*, helps to ensure that jurors feel comfortable freely expressing their views in the jury room and that jurors who hold minority viewpoints do not feel pressured to retreat from their opinions because of possible negative repercussions associated with the disclosure of their positions. Evidence of juror improprieties, misconduct or error, if admissible, might serve to undermine the validity of an acquittal, rather than a conviction, and could cast a permanent shadow over that acquittal even if it were not overturned on appeal. In addition, it is not at all clear that evidence given by jurors after the verdict concerning the substance of their deliberations would be a good indication of what actually occurred in the jury room. Erosions of the guarantees of jury secrecy beyond the existing boundaries would also result in the eventual erosion of the integrity of the jury as decision maker in criminal cases. The constitutional entrenchment of the right to trial by jury under s. 11(f) of the *Charter* means that jury trials will continue to be an important component of our criminal justice system. The secrecy of the deliberation process, both during and after the conclusion of the trial, is a vital and necessary component of

d'avoir vicié le verdict, que cette preuve émane d'un juré ou d'un tiers.

Des éléments de preuve établissant que le jury a été exposé à quelque information ou influence étrangère au jury devraient être admis pour déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que cette information ou influence ait eu un effet sur le verdict du jury. De tels éléments de preuve devraient être admis, indépendamment du fait que ce soit un membre du jury ou quelqu'un d'autre qui vienne déposer à cet égard. Toutefois, bien que les jurés puissent témoigner quant à la question de savoir s'ils ont ou non été exposés à de l'information extrinsèque au cours de leurs délibérations, le tribunal ne devrait pas admettre d'éléments de preuve relatifs à l'effet de ces renseignements sur leurs délibérations. Bien que les jurés mettent légitimement à contribution tout leur bagage d'expériences dans l'accomplissement de leur tâche, si un juré ou un tiers communique au jury des renseignements qui portent directement sur l'affaire en cause et qui n'ont pas été admis au procès soit par inadvertance, soit par suite d'une décision stratégique de l'avocat d'une partie ou, pire encore, par suite de l'application d'une règle d'exclusion de la preuve, il s'agit alors véritablement d'un élément « extrinsèque » au processus de délibération et le fait qu'ils ont été introduits dans ce processus peut être révélé.

La règle de common law sur le secret des délibérations du jury ne porte pas atteinte aux droits que garantit aux appelants l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Conjuguée à l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury permet de faire en sorte que les jurés se sentent à l'aise d'exprimer librement leurs points de vue dans la salle des jurés et que ceux d'entre eux qui ont des opinions minoritaires ne se sentent pas contraints d'y renoncer en raison des répercussions négatives que pourrait entraîner leur expression. La preuve de quelque irrégularité, conduite fautive ou erreur, si elle est admissible, pourrait miner la validité d'un acquittement plutôt que d'une déclaration de culpabilité et jeter un doute permanent sur cet acquittement même s'il n'était pas annulé en appel. En outre, il n'est pas du tout certain que les dépositions des jurés après le verdict au sujet de la teneur de leurs délibérations donneraient une bonne indication de ce qui s'est réellement passé dans la salle des jurés. L'érosion des mesures garantissant le secret des délibérations du jury en-deçà des limites actuelles se traduirait en bout de ligne par l'érosion de l'intégrité de l'institution du jury comme décideur dans les affaires pénales. La constitutionnalisation du droit à un procès devant jury à l'al. 11f) de la *Charte* signifie que les procès devant jury continueront d'être un élément important de

the jury system. The principles of fundamental justice require that the integrity of the jury be preserved, and it is best preserved by the common law rule as interpreted here.

The constitutionality of s. 649 of the *Code* is only engaged if, and to the extent that, s. 649 prevents the appellants from gathering evidence that would otherwise be admissible in legal proceedings. Since the common law rule of exclusion would have precluded the admission of the proposed fresh evidence, it is not strictly necessary to address the constitutionality of s. 649 for the purposes of these appeals. Nevertheless, s. 649 of the *Code* is consistent with the common law rule, which itself meets the constitutional requirements of fairness embodied in s. 7. The majority of the Court of Appeal interpreted the statutory provision correctly and in a manner consistent with *Charter* requirements by concluding that the phrase “proceedings of the jury” does not apply to a broader range of circumstances than is covered by the common law rule. Whatever the impetus for the enactment of s. 649, it meets the requirements of s. 7 of the *Charter* in that it does not prevent a juror from revealing any information that would be admissible in proceedings to impeach the jury’s verdict. At the same time, it reinforces the importance of jury secrecy, within the proper ambit of the modern common law rule.

The rules governing the secrecy of jury deliberations do not operate in a vacuum, but in the larger context of the many other safeguards that exist to ensure the integrity and the reliability of verdicts in jury trials. Some of these safeguards operate during the course of the trial, while others offer assurances of fairness in circumstances where the verdict has already been delivered. The greatest safeguard against a perverse jury rests in s. 686(1)(a)(i) of the *Code*, which allows the court to set aside a verdict that is unreasonable or that cannot be supported by the evidence. Another important safeguard against a perverse verdict is the exception in s. 649(a) of the *Code*, which allows jurors to disclose what occurred in the jury room in response to an investigation for obstruction of justice under s. 139(2). With particular reference to S’s appeal, it is worth emphasizing two other safeguards against an improper verdict: challenges for cause under s. 638(1)(b) and the power to discharge jurors in the course of the trial pursuant to s. 644(1) of

notre système de justice pénale. Le secret du processus de délibération — tant pendant le procès qu’après celui-ci — constitue un aspect vital et nécessaire de l’institution du jury. Les principes de justice fondamentale exigent la protection de l’intégrité du jury et c’est la règle de common law, telle qu’elle est interprétée en l’espèce, qui assure le mieux cette protection.

La constitutionnalité de l’art. 649 du *Code* n’est en cause que dans la mesure où cette disposition empêche les appelants de recueillir des éléments de preuve qui seraient par ailleurs admissibles dans le cadre d’une instance judiciaire. Comme la règle d’exclusion prévue par la common law aurait empêché l’admission des éléments de preuve nouveaux, il n’est pas strictement nécessaire de se pencher sur la constitutionnalité de l’art. 649 dans le cadre des présents pourvois. Néanmoins, l’art. 649 du *Code* est compatible avec la règle de common law, laquelle satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d’équité consacrées à l’art. 7. La majorité de la Cour d’appel a interprété la disposition législative d’une manière juste et conforme aux exigences de la *Charte* en concluant que l’expression « délibérations du jury » ne s’applique pas à un éventail plus large de circonstances que celles visées par la règle de common law. Quelle qu’ait été la motivation à l’origine de son adoption, l’art. 649 satisfait aux exigences de l’art. 7 de la *Charte*, puisqu’il n’empêche pas un juré de divulguer tout renseignement qui serait admissible dans une procédure contestant le verdict du jury. Il a également pour effet de renforcer l’importance du secret des délibérations du jury, dans les limites appropriées du champ d’application de la règle de common law moderne.

Les règles régissant le secret des délibérations du jury ne s’appliquent pas dans l’abstrait, mais dans le contexte plus large des nombreuses autres garanties qui existent afin d’assurer l’intégrité et la fiabilité des verdicts rendus dans les procès devant jury. Certaines de ces garanties s’appliquent pendant le procès, alors que d’autres assurent le respect de l’équité dans des situations postérieures au prononcé du verdict. La garantie la plus importante contre un jury inique est prévue au sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*, lequel habilite le tribunal à rejeter un verdict qui est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve. Une autre garantie importante contre un verdict inique est l’al. 649(a) du *Code*, qui autorise les jurés à divulguer ce qui s’est produit dans la salle des jurés dans le cadre d’une enquête en matière d’entrave à la justice menée en vertu du par. 139(2). En ce qui concerne le pourvoi S, il y a lieu de signaler deux autres garanties contre un verdict injuste : les récusations motivées fondées sur l’al. 638(1)(b) et le pouvoir de libérer

the *Code*. Together, these provisions permit a court to address concerns about bias that may arise before or during the course of a jury trial. Lack of impartiality, whether due to racial bias or another cause, could, in a proper case, justify the discharge of a juror under s. 644. The interaction between the judge and the jury is a most important safeguard of the integrity of the jury system. The judge's instructions provide a vital prophylactic measure against jury misconduct and wrongful verdicts. The requirement of a unanimous verdict is also a strong protection against wrongful, perverse verdicts. A mistrial resulting from a jury's inability to reach a unanimous verdict, undesirable as this result may be, provides an additional safeguard against a result driven by bias and prejudice.

Comprehensive research on the operations of criminal jury trials, which is currently precluded by the jury secrecy rules and, in particular, by s. 649 of the *Criminal Code*, would enhance the legitimacy of the process and could trigger the need for change.

An improper declaration of a mistrial by a trial judge could, depending on the circumstances of the case, lead to the conclusion that a further trial would contravene the principles of fundamental justice. The principle of double jeopardy might also preclude a further trial if the Crown were to proceed unfairly in depriving the accused of a verdict. However, while double jeopardy may be a principle of fundamental justice that could be invoked in some circumstances prior to a verdict being rendered within the meaning of s. 11(h) of the *Charter*, these circumstances do not arise in P's case. The *Criminal Code* confers a broad discretion upon the trial judge to declare a mistrial when he or she is of the view that the jury is unable to agree upon a verdict. The trial judge did not act improperly in declaring a mistrial at the second trial. P's submissions in support of a stay of proceedings, whether framed in terms of abuse of process, double jeopardy, or s. 7 of the *Charter*, are consequently without merit.

None of the fresh evidence offered by P, even if it were admissible under the common law jury secrecy rule as interpreted here, would be relevant to the issue of whether the trial judge exercised his discretion properly

des jurés pendant le procès conformément au par. 644(1) du *Code*. Ensemble, ces dispositions permettent au tribunal d'examiner les craintes de partialité qui naissent avant ou pendant un procès devant jury. L'absence d'impartialité pour cause de préjugés raciaux ou pour un autre motif pourrait, dans les circonstances appropriées, justifier la récusation d'un juré en application de l'art. 644. L'interaction entre le juge et les jurés est la garantie la plus importante de l'intégrité de l'institution du jury. Les directives du juge au jury constituent une mesure préventive vitale contre la conduite fautive du jury et un verdict inique. L'obligation d'unanimité du verdict est une protection efficace contre les verdicts injustes et iniques. Aussi indésirable que puisse être ce résultat, l'annulation d'un procès par suite de l'incapacité du jury à rendre un verdict unanime constitue une garantie supplémentaire contre un verdict inspiré par la partialité et les préjugés.

La réalisation de recherches approfondies sur le fonctionnement des procès devant jury en matière pénale, recherches auxquelles font obstacle actuellement les règles sur le secret des délibérations du jury et, plus particulièrement, l'art. 649 du *Code criminel*, aurait pour effet de renforcer la légitimité du processus et pourrait faire ressortir la nécessité d'une réforme.

L'annulation injustifiée d'un procès par le juge qui le préside pourrait, selon les circonstances de l'affaire, amener à conclure que la tenue d'un autre procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Le principe de la protection contre la double incrimination pourrait également empêcher la tenue d'un nouveau procès si le ministère public privait de façon inéquitable l'accusé d'un verdict. Toutefois, bien que la protection contre la double incrimination soit un principe de justice fondamentale qui pourrait être invoqué dans certaines circonstances avant qu'un verdict ne soit rendu au sens de l'al. 11h) de la *Charte*, ces circonstances ne sont pas présentes dans le cas de l'appelant P. Le *Code criminel* investit le juge du procès d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de prononcer la nullité du procès lorsqu'il estime que le jury ne peut s'entendre sur un verdict. Le juge du procès n'a pas agi erronément en prononçant la nullité du deuxième procès. Les arguments présentés par P à l'appui de sa demande d'arrêt des procédures — qu'il s'agisse de ceux fondés sur l'abus de procédure, sur la double incrimination ou sur l'art. 7 de la *Charte* — sont donc sans fondement.

Aucun des éléments de preuve nouveaux proposés par P, même s'ils étaient admissibles en vertu de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury telle qu'elle est interprétée en l'espèce, ne serait pertinent à

in declaring the mistrial, nor could it serve to support P's request for an acquittal or a stay of proceedings. The fresh evidence S is seeking to introduce falls within the common law rule of jury secrecy and is accordingly inadmissible.

The charge to the jury on the meaning of reasonable doubt at P's third trial was given prior to this Court's judgment in *Lifchus*. While some of the required elements in *Lifchus* were omitted from the charge and some of the terms that should have been avoided were included, the deficiencies are not such that they cause serious concern about the validity of the jury's verdict and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial.

Cases Cited

Not followed: *R. v. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65; *R. v. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568; **referred to:** *R. v. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131; *R. v. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434; *R. v. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744; *Vaise v. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944; *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843; *R. v. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281; *R. v. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466; *R. v. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216; *R. v. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377; *R. v. Ryan* (1951), 13 C.R. 363; *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Armstrong*, [1922] All E.R. 153; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16; *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. v. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552; Anonymous Case, *Lib. Assisarum* 41, 11, 1367; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v.*

l'égard de la question de savoir si le juge du procès a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en prononçant l'annulation du procès, ni n'appuierait la demande d'acquiescement ou d'arrêt des procédures présentée par l'appelant P. L'élément de preuve nouveau proposé par S est visé par la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et est de ce fait inadmissible en appel.

L'exposé au jury sur le sens du doute raisonnable lors du troisième procès de P a été fait avant que notre Cour ne rende jugement dans l'affaire *Lifchus*. Quoique certains des éléments requis par cet arrêt aient été omis dans l'exposé et que certains termes qui auraient dû être évités ont été utilisés, ces lacunes ne sont pas telles qu'elles soulèvent des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et puissent mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable.

Jurisprudence

Arrêts non suivis : *R. c. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65; *R. c. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568; **arrêts mentionnés :** *R. c. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131; *R. c. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434; *R. c. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744; *Vaise c. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944; *Danis c. Saumure*, [1956] R.C.S. 403; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843; *R. c. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281; *R. c. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466; *R. c. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216; *R. c. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47; *R. c. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377; *R. c. Ryan* (1951), 13 C.R. 363; *Tanner c. United States*, 483 U.S. 107 (1987); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Armstrong*, [1922] All E.R. 153; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16; *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. c. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. c. Taillefer* (1995), 100 C.R. (4th) 287; *R. c. Lessard* (1992), 14 C.R. (4th) 330; Anonymous Case, *Lib. Assisarum* 41, 11, 1367; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2

Russell, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *United States v. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), (f), (h).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139, 638(1)(b), 644 [am. 1992, c. 41, s. 6], 649, 653, 682(1), 686(1)(a)(i).
Federal Rules of Evidence, Rule 606(b).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: The Commission, 1982.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
 Chopra, Sonia R., and James R. P. Ogloff. "Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic Research and Juror Stress" (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.
 Pound, Roscoe. *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. Boston: Boston Book, 1913.
 Quinlan, Paul. "Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High?" (1993), 22 C.R. (4th) 127.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, 44 O.R. (3d) 415, 120 O.A.C. 1, 26 C.R. (5th) 87, 62 C.R.R. (2d) 189, [1999] O.J. No. 1214 (QL), dismissing the appellant Pan's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 134 C.C.C. (3d) 152, 120 O.A.C. 114, [1999] O.J. No. 1215 (QL), dismissing the appellant Sawyer's appeal from his conviction for assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *United States c. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States c. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson c. United States*, 468 U.S. 317 (1984).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), f), h).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139, 638(1)b), 644 [mod. 1992, ch. 41, art. 6], 649, 653, 682(1), 686(1)a)(i).
Federal Rules of Evidence, règle 606(b).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1980.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le Jury*. Ottawa : La Commission, 1982.
 Chopra, Sonia R., et James R. P. Ogloff. « Evaluating Jury Secrecy : Implications for Academic Research and Juror Stress » (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.
 Pound, Roscoe. *Readings on the History and System of the Common Law*, 2nd ed. Boston : Boston Book, 1913.
 Quinlan, Paul. « Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High? » (1993), 22 C.R. (4th) 127.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, 44 O.R. (3d) 415, 120 O.A.C. 1, 26 C.R. (5th) 87, 62 C.R.R. (2d) 189, [1999] O.J. No. 1214 (QL), qui a rejeté l'appel de Pan contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 134 C.C.C. (3d) 152, 120 O.A.C. 114, [1999] O.J. No. 1215 (QL), qui a rejeté l'appel de Sawyer contre sa déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Keith E. Wright and Richard Litkowski, for the appellant Rui Wen Pan.

P. Andras Schreck and Shayne G. Kert, for the appellant Bradley Sawyer.

Renee M. Pomerance and Catherine Cooper, for the respondent.

George Dolhai and S. R. Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Marie-Claude Gilbert and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Mary Ainslie*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Melvyn Green and Benson Cowan, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ These two appeals were heard together and are addressed together in these reasons. The appellants in both appeals submit that the common law rule of jury secrecy, which provides that evidence concerning jury deliberations is inadmissible on appeal to impeach the jury's verdict, infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and must therefore be modified. Both appeals also challenge the constitutionality of s. 649 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which makes it a criminal offence for jurors to disclose information about the "proceedings of the jury", except

Keith E. Wright et Richard Litkowski, pour l'appelant Rui Wen Pan.

P. Andras Schreck et Shayne G. Kert, pour l'appelant Bradley Sawyer.

Renee M. Pomerance et Catherine Cooper, pour l'intimée.

George Dolhai et S. R. Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marie-Claude Gilbert et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

William F. Ehrcke, c.r., et *Mary Ainslie*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Melvyn Green et Benson Cowan, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Les présents motifs s'appliquent aux deux pourvois, qui ont été entendus en même temps. Dans les deux cas, les appelants prétendent que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, qui prévoit que tout élément de preuve relatif aux délibérations du jury est inadmissible en appel pour contester le verdict d'un jury, contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et doit par conséquent être modifiée. On conteste également, dans les deux pourvois, la constitutionnalité de l'art. 649 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux termes duquel constitue une infraction criminelle la divulgation par les jurés de tout renseignement relatif aux « délibérations du jury », sauf

where such disclosure is in the context of obstruction of justice proceedings involving a juror.

The appellant Pan was originally charged with the first degree murder of Selina Shen in May of 1989. His trial on that charge resulted in a hung jury in July of 1990. A second jury trial was held before O'Connell J. at the end of which the trial judge declared a mistrial. A third jury trial before Watt J. resulted in a conviction for first degree murder, which is the subject of the present appeal.

Most of the issues raised by Pan are in support of the basic contention that the third trial should not have been held. Pan's central position is that the mistrial was improperly declared at the end of his second trial, and that, if permitted to infringe upon the jury secrecy rules, he could show that he was entitled to an acquittal by that jury. Pan therefore argues that his conviction should be set aside on the basis that the proceedings against him should have been stayed at the outset of his third trial. He also argues that holding a third trial after the improper declaration of a mistrial violated the principle against double jeopardy. The only issue raised concerning Pan's third trial, as such, relates to the instructions to the jury on reasonable doubt. Pan asks this Court to enter a verdict of acquittal or, alternatively, to declare a stay of proceedings.

The appellant Sawyer and his co-accused, Troy Galbraith, were convicted by a jury of assault causing bodily harm. At the sentencing hearing, counsel for Sawyer advised the trial judge that, subsequent to the trial, a juror had contacted Sawyer and told him that there had been undue pressure on her to convict and that other members of the jury had made racist comments. Counsel for Sawyer asked the trial judge to conduct an inquiry to investigate the substance of the allegations made by the juror. The trial judge declined to do so on the basis of lack of jurisdiction. A request to the

dans le cadre de procédures judiciaires intentées contre un juré pour entrave à la justice.

En mai 1989, l'appelant Pan a été inculpé initialement du meurtre au premier degré de Selina Shen. Son procès sous ce chef d'accusation a abouti à un désaccord du jury en juillet 1990. À la fin du deuxième procès devant jury, le juge O'Connell a prononcé l'annulation du procès. Au terme du troisième procès devant jury, procès présidé par le juge Watt, l'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré, décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

La plupart des points soulevés par Pan le sont au soutien de son argument fondamental, savoir que le troisième procès n'aurait pas dû avoir lieu. La thèse centrale de Pan est que son deuxième procès a été à tort déclaré nul et que, s'il était autorisé à déroger aux règles régissant le secret des délibérations du jury, il pourrait démontrer qu'il avait droit à un verdict d'acquittal de la part du jury à ce procès. En conséquence, Pan affirme que sa déclaration de culpabilité devrait être annulée au motif que l'arrêt des procédures aurait dû être prononcé dès le début du troisième procès. Il fait aussi valoir que la tenue d'un troisième procès, après l'annulation injustifiée du deuxième procès, a porté atteinte au principe de la protection contre la double incrimination. Le seul point soulevé au sujet du troisième procès de Pan concerne les directives données au jury au sujet du doute raisonnable. Pan demande à notre Cour d'inscrire un verdict d'acquittal ou, subsidiairement, d'ordonner l'arrêt des procédures.

L'appelant Sawyer et son coaccusé, Troy Galbraith, ont été reconnus coupables par un jury de voies de fait causant des lésions corporelles. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de Sawyer a informé le juge du procès que, après le procès, une jurée était entrée en communication avec Sawyer et lui avait dit, d'une part, qu'on avait exercé des pressions indues sur elle pour qu'elle se prononce en faveur de la culpabilité et, d'autre part, que d'autres membres du jury avaient tenu des propos racistes. L'avocat de Sawyer a demandé au juge du procès de faire enquête sur le

2

3

4

Ontario Ministry of the Attorney General to conduct an inquiry was also refused.

⁵ Sawyer's position is that his conviction should be quashed and a new trial ordered on the basis of the proposed fresh evidence showing that a miscarriage of justice has occurred. He submits that the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* violate his rights under the *Charter* by preventing him from obtaining and tendering on appeal evidence relating to the alleged improprieties in the jury's deliberations. Further, he submits that this infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. His co-accused, Galbraith, has not appealed to this Court.

II. Factual Background

A. *The Pan Action*

⁶ In the *Pan* appeal, a publication ban was imposed by Order of the Chief Justice, at the request of the Crown, on October 20, 2000. In the course of these reasons, I will make occasional reference to information which is the subject of that ban. The ban is accordingly lifted to the extent of the information disclosed in these reasons.

⁷ The evidence in the *Pan* appeal, which is entirely circumstantial, was thoroughly reviewed by the Court of Appeal in its reasons reported at (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, and a brief overview suffices for the purpose of this appeal. Selina Shen disappeared at the end of February 1988, soon after she ended her relationship with Pan. In early March 1988, various body parts were discovered in Eastern Ontario, and by March 13, 1988, the police were able to announce that the remains were those of Selina Shen. The theory of the prosecution was that Pan, obsessed with the deceased's past relationships with other men, felt betrayed when she left him and decided to kill her. Evidence was introduced regarding the nature of their relation-

bien-fondé des allégations de la jurée. Le juge a refusé de le faire, invoquant l'absence de compétence à cet égard. La demande d'enquête présentée par l'appelant au ministère du Procureur général de l'Ontario lui a également été refusée.

Sawyer fait valoir que sa déclaration de culpabilité devrait être annulée et qu'un nouveau procès devrait être ordonné sur la foi d'éléments de preuve nouveaux qui, affirme-t-il, établissent qu'il y a eu erreur judiciaire. Il plaide que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel* portent atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* en l'empêchant de recueillir et de produire, en appel, des éléments de preuve relatifs aux irrégularités qui auraient entaché les délibérations du jury. Il prétend en outre que cette atteinte ne peut être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Son coaccusé, Galbraith, ne se pourvoit pas devant notre Cour.

II. Les faits

A. *L'affaire Pan*

À la demande du ministère public, le Juge en chef a imposé, le 20 octobre 2000, une interdiction de publication dans le pourvoi *Pan*. Dans les présents motifs, je mentionne à l'occasion des faits visés par cette interdiction de publication. Cette interdiction est en conséquence levée à l'égard des renseignements divulgués dans les présents motifs.

Étant donné que, dans ses motifs (publiés à (1999), 134 C.C.C. (3d) 1), la Cour d'appel a fait un examen approfondi de la preuve — entièrement circonstancielle — présentée dans le pourvoi *Pan*, un bref rappel suffira pour les fins du présent pourvoi. Selina Shen est disparue à la fin de février 1988, peu de temps après avoir rompu avec Pan. Au début de mars 1988, des parties de cadavre ont été découvertes dans l'Est de l'Ontario. Le 13 mars 1988, la police était en mesure d'annoncer qu'il s'agissait des restes de Selina Shen. La thèse du ministère public était que Pan, obsédé par les liaisons que la défunte avait eues avec d'autres hommes avant lui, s'est senti trahi lorsqu'elle l'a quittée et il a décidé de la tuer. Des éléments de

ship and their contacts shortly before her disappearance, including a threatening letter that Pan wrote to Ms. Shen shortly before she disappeared. There was also evidence that Pan made comments to a friend of the victim to the effect that something shocking was going to happen.

During the course of their investigation, the police placed Pan under surveillance and intercepted a telephone conversation in which he told his brother what to say to the police. They also observed Pan dispose of knives, including butcher knives, a paring knife, a cooking knife and a quick cut cleaver. Pan testified that he disposed of the knives because he feared becoming the target of false allegations concerning the death of the victim. The expert evidence indicated that her body had been dismembered by someone with a knowledge of anatomy and a high level of skill in surgical disarticulation. The Crown contended that Pan possessed the required knowledge and skill, having taken medical courses in anatomy, pathology and surgery.

Pan's first trial before Doherty J. and a jury commenced on May 28, 1990. The jury was unable to reach a unanimous verdict after four days of deliberations and Doherty J. declared a mistrial. No concerns were raised about the propriety of the declaration of the mistrial at this first trial. A second jury trial commenced before O'Connell J. on February 11, 1991 and extended over approximately 50 court days. Pan, who had not testified at his first trial, testified over several days.

On April 25, 1991, O'Connell J. completed his charge to the jury and deliberations began. On May 1, 1991, juror #1 sent a note to O'Connell J. The note read as follows:

Your honour, will you please pole [*sic*] us after the verdict [*sic*] is read but if you could please make it look as if this is what is done in the courts. I have to do what I feel I was sworn [*sic*] to do & what I feel is right in my heart & after what I've been put through in the jury room this was the only way I could do it. Please let me

preuve ont été produits relativement à la nature de leur liaison et aux contacts qu'ils ont eus peu avant la disparition de M^{me} Shen, notamment une lettre de menaces que lui avait écrite Pan quelque temps avant qu'elle disparaisse. La preuve indiquait également que Pan avait dit à un ami de la victime que quelque chose d'épouvantable allait se produire.

Dans le cours de leur enquête, les policiers ont mis Pan sous surveillance et intercepté une conversation téléphonique dans laquelle celui-ci indiquait à son frère ce qu'il devait dire à la police. Ils ont aussi vu Pan se départir de divers couteaux, notamment des couteaux de boucher, un couteau d'office, un couteau de cuisine et un couperet. Pan a déclaré s'être débarrassé des couteaux par crainte d'être la cible de fausses allégations relativement au décès de la victime. La preuve d'expert a établi que le corps avait été découpé par une personne possédant des connaissances en matière d'anatomie ainsi qu'une grande compétence en désarticulation chirurgicale. Le ministère public a soutenu que Pan avait les connaissances et la compétence nécessaires, puisqu'il avait suivi des cours de médecine dans les domaines de l'anatomie, de la pathologie et de la chirurgie.

Le premier procès de Pan, devant le juge Doherty et un jury, s'est ouvert le 28 mai 1990. Le jury n'ayant pas réussi à s'entendre sur un verdict après quatre jours de délibérations, le juge Doherty a prononcé la nullité du procès. Le bien-fondé de la déclaration de nullité du premier procès n'a pas été contesté. Un deuxième procès, qui a été présidé par le juge O'Connell, a débuté le 11 février 1991 et a duré une cinquantaine de jours. Pan, qui n'avait pas témoigné au premier procès, a déposé pendant plusieurs jours au cours du second.

Le 25 avril 1991, après l'exposé du juge O'Connell aux jurés, ces derniers ont entrepris leurs délibérations. Le 1^{er} mai 1991, la jurée numéro un a fait parvenir la note suivante au juge O'Connell :

[TRADUCTION] Votre Seigneurie, pourriez-vous s'il vous plaît, après la lecture du verdict, nous demander un à un notre verdict, en faisant comme si c'est ce qui se fait devant les tribunaux. Je dois faire ce que j'ai juré de faire et ce que j'estime juste dans mon cœur, et après avoir enduré ce que j'estime avoir vécu dans la salle des

8

9

10

say I am very sorry if this has caused so much time & money but as I said I have to do what based on what you said hearing what every one else said day after day & still keeping an open mind in order to reread & go over the facts. For me I feel I have made the right choice. Thank you for letting me serve in your court. Its been an honour. Juror #1.

Upon receipt of the note, O'Connell J. ordered the jury to cease their deliberations. O'Connell J. reconvened court to discuss with counsel the implications of the note and the appropriate course to follow. Counsel for Pan suggested that the jury be brought back in for a gentle exhortation, and stated that the other way of dealing with the matter was to "declare them a hung jury". Counsel for the Crown objected to declaring a mistrial and instead favoured bringing the jury back for a gentle exhortation. O'Connell J. indicated to counsel that, in his view, there were only two options: conducting an inquiry of juror #1 in the absence of the other jurors concerning the note or declaring a mistrial. Both counsel strongly opposed conducting an inquiry of juror #1. After retiring for 45 minutes to consider the matter, O'Connell J. returned to court, called in the jury and declared a mistrial.

jurés, c'était la seule façon pour moi de le faire. Laissez-moi vous dire que je suis très désolée si cela a demandé tant de temps et d'argent, mais comme je l'ai dit, je dois le faire en me fondant sur ce que vous avez dit, en écoutant ce que tous les autres ont dit jour après jour et en gardant un esprit ouvert pour examiner et revoir les faits. En ce qui me concerne j'estime avoir pris la bonne décision. Merci de m'avoir donné l'occasion de servir au sein de votre tribunal. Ce fut un honneur. Jurée numéro 1.

Sur réception de cette note, le juge O'Connell a ordonné aux jurés d'arrêter leurs délibérations. Il a reconvoqué la cour pour discuter avec les avocats de l'incidence de la note et des mesures à prendre. L'avocat de Pan a suggéré de rappeler les jurés afin de les exhorter gentiment à s'acquitter de leur tâche et précisé que l'autre façon de régler la question consistait à [TRADUCTION] « déclarer qu'il y a[vait] désaccord du jury ». L'avocat du ministère public s'est opposé à l'annulation du procès, favorisant plutôt la solution de ramener le jury pour l'exhorter gentiment à s'acquitter de sa tâche. Le juge O'Connell a indiqué aux avocats que, à son avis, deux solutions seulement s'offraient à lui : interroger la jurée numéro un en l'absence des autres jurés au sujet de la note ou prononcer l'annulation du procès. Les deux avocats se sont opposés fermement à l'idée de faire enquête auprès de la jurée numéro un. Après une période de réflexion de 45 minutes, le juge est revenu en salle d'audience, a convoqué le jury et prononcé la nullité du procès.

¹¹ Following the declaration of the mistrial, the 11 other jurors from the second trial wrote to the Attorney General to complain about the jury selection process, the conduct of juror #1 and the declaration of a mistrial. In the letter, the jurors alleged that during the jury selection process juror #1 had lied about her knowledge of the case and about the severity of her visual impairment. They claimed that she also did not disclose that she was under psychiatric care or that she was taking medication that affected her alertness.

Après l'annulation du procès, les 11 autres jurés du deuxième procès ont écrit au procureur général pour dénoncer le processus de sélection, la conduite de la jurée numéro un et l'annulation du procès. Dans leur lettre, les jurés prétendent que, au cours du processus de sélection du jury, la jurée numéro un a menti au sujet de sa connaissance de l'affaire et au sujet de la gravité de sa déficience visuelle. Ils affirment également qu'elle a omis de révéler qu'elle recevait des soins psychiatriques et qu'elle prenait des médicaments qui affectaient sa concentration.

¹² An investigation into the conduct of the jurors at the second trial was conducted by the Attorney General, but no charges were laid. The interviews

Le procureur général a mené une enquête sur la conduite des jurés du deuxième procès, mais aucune accusation n'a été portée. Les entrevues

with juror #1 and the other jurors during the investigation revealed that juror #1 had followed the case in the media at the time of the first trial and reported what she knew to the other jury members. Juror #1 also asked her doctor how long it would take someone with medical knowledge to dismember a body and conveyed the doctor's answer to the other jurors. It was also alleged that juror #1 often fell asleep during the trial and acted in a disruptive manner in the jury room.

Prior to his third trial, Pan brought an application for a stay of proceedings before Watt J., the trial judge assigned to preside over the third trial. Pan challenged the constitutional validity of the common law jury secrecy rule and of s. 649 of the *Criminal Code*, arguing that the common law rule and the *Code* provision precluded him from compiling relevant evidence concerning the propriety of the mistrial declaration at the second trial. He also sought to admit as evidence the testimony of jurors as to what transpired during the jury deliberations at the second trial.

Watt J. dismissed the application for a stay of proceedings and upheld the constitutionality of both the statutory and the common law jury secrecy rules. Evidence from jurors at the second trial was held to be inadmissible. The third trial resulted in a guilty verdict, declared on May 1, 1992.

Pan appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. The majority dismissed the appeal and concluded that, properly interpreted, the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* were constitutionally valid. Finlayson J.A. disagreed with the majority's conclusions on the constitutional issues, but concurred in the result.

avec la jurée numéro un et les autres jurés au cours de l'enquête ont permis de découvrir que la jurée numéro un avait suivi l'affaire dans les médias au cours du premier procès et avait fait part de ce qu'elle en savait aux autres membres du jury. La jurée numéro un avait aussi demandé à son médecin combien de temps il faudrait à une personne possédant des connaissances médicales pour démembrer un corps, puis avait communiqué la réponse de celui-ci aux autres jurés. En outre, d'aucuns ont affirmé que la jurée numéro un était souvent tombée endormie au cours du procès et qu'elle avait eu un comportement perturbateur dans la salle des jurés.

Avant son troisième procès, Pan a présenté une demande d'arrêt des procédures au juge Watt, qui avait été chargé de présider le procès. Pan a contesté la validité constitutionnelle de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et de l'art. 649 du *Code criminel*, faisant valoir que cette règle et cette disposition l'empêchaient de recueillir des éléments de preuve pertinents quant au bien-fondé de l'annulation du deuxième procès. Il a aussi voulu présenter en preuve les dépositions des jurés sur ce qui s'était passé durant leurs délibérations au cours du deuxième procès.

Le juge Watt a rejeté la demande d'arrêt des procédures et confirmé la constitutionnalité tant de la règle d'origine législative que de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Les dépositions des jurés ayant participé au deuxième procès ont été jugées inadmissibles. Le troisième procès a abouti au prononcé d'un verdict de culpabilité le 1^{er} mai 1992.

Pan a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. Les juges de la majorité ont rejeté l'appel et conclu que, suivant l'interprétation qu'il convient de leur donner, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel* étaient constitutionnellement valides. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a exprimé son désaccord avec les conclusions de la majorité au sujet des questions constitutionnelles, mais il a souscrit au résultat.

13

14

15

B. *The Sawyer Action*

16 Sawyer's conviction stemmed from an assault on Jason Johnston, a friend of the two accused, that took place on May 21, 1994. The circumstances of the assault are not relevant to the issues before this Court.

17 Sawyer and his co-accused, Galbraith, were tried by a judge and jury. The jury returned a verdict of guilty on March 20, 1996 with respect to both accused. Two months later, at the sentencing hearing before Tobias J. on May 22, 1996, counsel for Sawyer raised an issue concerning events that had transpired since the jury's verdict. He related to the court that two days after the verdict it came to his attention that a member of the jury had contacted Sawyer and made certain disclosures concerning the jury's deliberations. The juror allegedly told Sawyer that she had been under undue pressure to come to a verdict and that certain racial comments were made by other members of the jury. While it is not clear to whom the alleged racist comments referred, Sawyer is white and Galbraith is black. Sawyer's counsel asked the court to conduct an inquiry of the jury with respect to whether the juror's allegations were true. Tobias J. ruled against Sawyer's request, concluding that he had no inherent jurisdiction to entertain a request for such an inquiry.

18 Following the sentencing hearing, Sawyer's counsel requested that the Ontario Ministry of the Attorney General launch an investigation pursuant to s. 139(2) of the *Criminal Code* into whether any of the jurors had attempted to obstruct, pervert, or defeat the course of justice during the jury's deliberations. The Ministry of the Attorney General refused to order an investigation.

19 Sawyer and Galbraith appealed their convictions to the Ontario Court of Appeal. Their appeals were heard together with *Pan* and *R. v. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131, which raised the same constitutional issues with regard to the common law and statutory principles respecting jury

B. *L'affaire Sawyer*

Sawyer a été reconnu coupable d'avoir, le 21 mai 1994, commis des voies de fait contre Jason Johnston, un ami des deux accusés. Les circonstances des voies de fait ne sont pas pertinentes à l'égard des questions en litige devant notre Cour.

Sawyer et son coaccusé, Galbraith, ont subi un procès devant juge et jury. Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard des deux accusés le 20 mars 1996. Deux mois plus tard, le 22 mai 1996, à l'audience de détermination de la peine présidée par le juge Tobias, l'avocat de Sawyer a fait état de certains événements survenus depuis le prononcé du verdict par le jury. Il a dit à la cour avoir appris, deux jours après le verdict, qu'un membre du jury avait communiqué avec Sawyer et lui avait fait certaines révélations au sujet des délibérations du jury. La jurée en cause aurait dit à Sawyer qu'on avait exercé sur elle des pressions indues pour qu'elle arrive à un verdict et que d'autres membres du jury avaient tenu certains propos racistes. Bien qu'on ne sache pas qui était visé par les propos racistes qui auraient été prononcés, il convient de signaler que Sawyer est de race blanche et Galbraith de race noire. L'avocat de Sawyer a demandé à la cour de mener une enquête sur la véracité des allégations de la jurée. Le juge Tobias a rejeté la demande de Sawyer, concluant ne pas avoir la compétence inhérente nécessaire pour y donner suite.

À la suite de l'audience de détermination de la peine, l'avocat de Sawyer a demandé au ministère du Procureur général de l'Ontario de faire enquête, en vertu du par. 139(2) du *Code criminel*, afin de déterminer si des jurés avaient tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice pendant les délibérations du jury. Le ministère du Procureur général a refusé d'ordonner la tenue d'une telle enquête.

Sawyer et Galbraith ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. Leurs appels ont été entendus en même temps que les appels dans les affaires *Pan* et *R. c. Henderson* (1999), 134 C.C.C. (3d) 131, qui soulevaient les mêmes questions constitutionnelles

secrecy. In joint reasons for judgment concerning the four appeals, set out in *Pan*, the Court of Appeal held that the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code* were constitutionally valid. As the proposed fresh evidence in the *Sawyer* appeal fell within the ambit of the exclusionary rule, the majority concluded that it was inadmissible and dismissed the appeal: (1999), 134 C.C.C. (3d) 152.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

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

(f) . . . to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

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

139. (1) Every one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding,

(a) by indemnifying or agreeing to indemnify a surety, in any way and either in whole or in part, or

(b) where he is a surety, by accepting or agreeing to accept a fee or any form of indemnity whether in whole or in part from or in respect of a person who is released or is to be released from custody,

is guilty of

au sujet des principes de common law et d'origine législative concernant le secret des délibérations du jury. Dans des motifs conjoints s'appliquant aux quatre appels, qu'elle a exposés dans l'arrêt *Pan*, la Cour d'appel a conclu à la validité de l'art. 649 du *Code criminel* et de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury. Comme les éléments de preuve nouveaux proposés dans l'appel *Sawyer* étaient visés par la règle d'exclusion, la cour à la majorité a conclu qu'ils étaient inadmissibles et elle a rejeté l'appel : (1999), 134 C.C.C. (3d) 152.

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

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

f) . . . de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

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

139. (1) Quiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire :

a) soit en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution de quelque façon que ce soit, en totalité ou en partie;

b) soit étant une caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité, que ce soit en totalité ou en partie, de la part d'une personne qui est ou doit être mise en liberté ou à l'égard d'une telle personne,

est coupable :

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(d) an offence punishable on summary conviction.

(2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(3) Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed,

(a) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence;

(b) influences or attempts to influence by threats, bribes or other corrupt means a person in his conduct as a juror; or

(c) accepts or obtains, agrees to accept or attempts to obtain a bribe or other corrupt consideration to abstain from giving evidence, or to do or to refrain from doing anything as a juror.

644. (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, by reason of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

(2) Where in the course of a trial a member of the jury dies or is discharged pursuant to subsection (1), the jury shall, unless the judge otherwise directs and if the number of jurors is not reduced below ten, be deemed to remain properly constituted for all purposes of the trial and the trial shall proceed and a verdict may be given accordingly.

649. Every member of a jury who, except for the purposes of

(a) an investigation of an alleged offence under subsection 139(2) in relation to a juror, or

(b) giving evidence in criminal proceedings in relation to such an offence,

discloses any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom that was not subsequently disclosed in open court is guilty of an offence punishable on summary conviction.

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas :

a) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner;

b) influence ou tente d'influencer une personne dans sa conduite comme juré, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption;

c) accepte ou obtient, convient d'accepter ou tente d'obtenir un pot-de-vin ou une autre compensation vénale pour s'abstenir de témoigner ou pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose à titre de juré.

644. (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

(2) Lorsque, au cours d'un procès, un membre du juré décède ou est libéré au titre du paragraphe (1), le jury est considéré, à toutes les fins du procès, comme demeurant régulièrement constitué, à moins que le juge n'en ordonne autrement et à condition que le nombre des jurés ne soit pas réduit à moins de dix; le procès se continuera et un verdict pourra être rendu en conséquence.

649. Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, tout membre d'un jury qui, sauf aux fins :

a) soit d'une enquête portant sur une infraction visée au paragraphe 139(2) dont la perpétration est alléguée relativement à un juré;

b) soit de témoigner dans des procédures engagées en matière pénale relativement à une telle infraction,

divulgue tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience, qui n'a pas été par la suite divulgué en plein tribunal.

653. (1) Where the judge is satisfied that the jury is unable to agree on its verdict and that further detention of the jury would be useless, he may in his discretion discharge that jury and direct a new jury to be empaneled during the sittings of the court, or may adjourn the trial on such terms as justice may require.

(2) A discretion that is exercised under subsection (1) by a judge is not reviewable.

IV. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division): The Pan Action*

In two separate rulings prior to the commencement of the third trial, Watt J. dealt with Pan's application for a stay of proceedings. In the first ruling of December 20, 1991 on the constitutional issues, Watt J. dealt with the threshold issue of whether or not ss. 649 and 653(2) of the *Criminal Code* were constitutionally invalid because they precluded Pan from calling jurors from his second trial as witnesses to show that the second trial was improperly terminated. As to s. 653(2), Watt J. concluded that it did not prevent the court from inquiring into the propriety of a mistrial in order to determine the validity of a claim of abuse of process. With regard to the prohibition on the disclosure of proceedings of the jury imposed by s. 649 of the *Code*, Watt J. concluded that it did not violate any principles of fundamental justice and, at worst, would be a reasonable limit within s. 1 of the *Charter*. Furthermore, he found that the proposed evidence of the jurors concerning their deliberations was not relevant to the issue of whether or not the mistrial was improperly declared. As a result, excluding such evidence, whether on the basis of lack of relevance, the common law rule of inadmissibility, s. 649 of the *Code* or the cumulative effect of all three, did not infringe any *Charter* right.

653. (1) Lorsque le juge est convaincu que le jury ne peut s'entendre sur son verdict, et qu'il serait inutile de le retenir plus longtemps, il peut, à sa discrétion, le dissoudre et ordonner la constitution d'un nouveau jury pendant la session du tribunal, ou différer le procès aux conditions que la justice peut exiger.

(2) La discrétion exercée par un juge en vertu du paragraphe (1) ne peut faire l'objet d'une révision.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) : l'affaire Pan*

Le juge Watt a statué sur la demande d'arrêt des procédures dans deux décisions distinctes, rendues avant le début du troisième procès. Dans la première, datée du 20 décembre 1991 et portant sur les questions constitutionnelles, le juge Watt a tranché la question préliminaire de savoir si l'art. 649 et le par. 653(2) du *Code criminel* étaient inconstitutionnels du fait qu'ils empêchaient Pan d'assigner des jurés de son deuxième procès à témoigner en vue d'établir qu'on avait mis fin de façon injustifiée à ce deuxième procès. Relativement au par. 653(2), le juge Watt a conclu que cette disposition n'empêchait pas le tribunal de contrôler l'opportunité de l'annulation d'un procès afin de statuer sur le bien-fondé d'une plainte d'abus de procédure. En ce qui a trait à l'interdiction de divulguer des renseignements sur les délibérations du jury formulée à l'art. 649 du *Code*, le juge Watt a estimé qu'elle ne portait atteinte à aucun principe de justice fondamentale et que, au pire, elle constituerait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a en outre jugé que les témoignages des jurés concernant leurs délibérations, qu'on proposait de présenter en preuve, n'étaient pas pertinents relativement à la question de savoir si la nullité du procès avait été prononcée à tort. Par conséquent, le fait d'écarter un tel élément de preuve — que ce soit sur le fondement de son absence de pertinence, de la règle d'inadmissibilité prévue par la common law, de l'art. 649 du *Code* ou encore de l'effet cumulatif de ces trois facteurs — ne portait atteinte à aucun droit protégé par la *Charte*.

22

In his second ruling of February 5, 1992, for which written reasons were released on November 21, 1995, Watt J. dealt with the substance of the application for a stay of proceedings. Pan's position was that a stay of proceedings was warranted because further proceedings would constitute an abuse of process and/or an infringement of his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Watt J. proceeded on the basis that because the alleged *Charter* violations were subsumed within the claim of abuse of process, the decision on the abuse of process claim would also decide the issue of whether or not there had been an infringement of the appellant's *Charter* rights. He noted that the abuse of process claim rested on the argument that O'Connell J. had improperly declared a mistrial at the second trial. Watt J. found that, despite s. 653(2) of the *Code*, the trial judge's discretion was reviewable on the authority of *R. v. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434 (Ont. C.A.), but concluded that O'Connell J. had not exercised his discretion improperly. Given that no factors other than the mistrial were raised by Pan in support of the abuse of process claim or alleged *Charter* violation, Watt J. dismissed Pan's application. Furthermore, Watt J. found that even if he were wrong in his conclusion that the second trial was not improperly terminated, this was not one of the "clearest of cases" in which a stay of proceedings should be granted.

B. Ontario Court of Appeal

23

As indicated earlier, the *Pan* appeal was argued before the Ontario Court of Appeal along with the appeals in *Sawyer*, *supra*, and *Henderson*, *supra*. In each of these appeals, the constitutionality of the statutory and common law jury secrecy provisions was challenged. Each of the appellants sought to admit fresh evidence from jurors on matters related to the jury's deliberations. The Court of Appeal addressed the constitutionality of the

Dans sa deuxième décision, datée du 5 février 1992, dont les motifs écrits ont été déposés le 21 novembre 1995, le juge Watt s'est penché sur le fond de la demande d'arrêt des procédures. La thèse de Pan était que l'arrêt des procédures était justifié parce que le fait de laisser les procédures suivre leur cours constituerait un abus de procédure ou une atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Puisque, de l'avis du juge Watt, les atteintes à la *Charte* invoquées par Pan étaient subsumées sous la plainte d'abus de procédure, la décision qui serait prise à l'égard de cette plainte trancherait aussi la question de savoir s'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Il a souligné que la plainte d'abus de procédure reposait sur l'argument selon lequel le juge O'Connell aurait à tort prononcé l'annulation du deuxième procès. Se fondant sur l'arrêt *R. c. D. (T.C.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 434 (C.A. Ont.), le juge Watt a conclu que nonobstant le libellé du par. 653(2) du *Code*, le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge du procès était susceptible de révision, mais il a estimé que le juge O'Connell n'avait pas exercé ce pouvoir erronément. Comme Pan n'avait invoqué aucun autre facteur que l'annulation du procès à l'appui de sa plainte d'abus de procédure ou d'atteinte à la *Charte*, le juge Watt a rejeté la demande de Pan. Le juge Watt a ajouté que, même s'il faisait erreur en concluant qu'on n'avait pas mis fin au deuxième procès de façon injustifiée, l'affaire dont il était saisi n'était pas un de ces [TRADUCTION] « cas les plus manifestes » où l'arrêt des procédures doit être accordé.

B. Cour d'appel de l'Ontario

Comme il a été mentionné précédemment, le pourvoi *Pan* a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario en même temps que les pourvois *Sawyer*, précité, et *Henderson*, précité. Dans chacun de ces pourvois, la constitutionnalité des dispositions d'origine législative et de common law sur le secret des délibérations du jury a été attaquée. Chacun des appelants a voulu présenter des éléments de preuve nouveaux émanant des jurés sur des questions se rapportant aux délibérations du jury. Dans les motifs qu'elle a exposés dans l'arrêt *Pan*, la Cour d'appel s'est penchée sur la constitu-

jury secrecy rules in its reasons in *Pan* in relation to all of the appeals.

1. *The Pan Action* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1

(i) *McMurtry C.J.O., Osborne, Labrosse and Charron J.J.A.*

The majority of the Ontario Court of Appeal held that the common law rule of exclusion of evidence applies to all matters intrinsic to the deliberation process, including “statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings” (para. 140). The common law rule, however, does not render inadmissible evidence extrinsic to the deliberation process, such as evidence that the jury went to the theatre and mingled with the crowd during its deliberations: *R. v. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288 (N.B.C.A.). The majority concluded that compelling policy considerations weighed in favour of upholding the common law rule. In particular, maintaining the secrecy of jury deliberations fosters free and frank debate among jurors, ensures the finality of the verdict and protects jurors from harassment, censure or recrimination.

On the constitutionality of s. 649 of the *Criminal Code*, the majority concluded that the relevant question was whether s. 649 impeded the accused’s access to evidence of jury misconduct that would be admissible at common law. It is only to the extent that s. 649 prevents jurors from disclosing information that would otherwise be admissible at common law that an issue would arise under s. 7 of the *Charter*. The majority concluded that the phrase “proceedings of the jury” in s. 649 referred to the deliberation process protected by the common law rule, and that any evidence which s. 649 prevented from being disclosed would also be inadmissible under the common law rule. Without deciding whether s. 649 would amount to an unconstitutional infringement of s. 2(b) of the *Charter*, which was not in issue in this case, the majority therefore concluded that

tionnalité des règles sur le secret des délibérations du jury relativement à tous les pourvois.

1. *L’affaire Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1

(i) *Le juge en chef McMurtry et les juges Osborne, Labrosse et Charron*

La Cour d’appel de l’Ontario a conclu, à la majorité, que la règle de common law sur l’exclusion de la preuve s’applique à tout aspect intrinsèque du processus de délibération, y compris les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres d’un jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). La règle de common law ne rend toutefois pas inadmissible la preuve relative à des aspects extrinsèques au processus de délibération, par exemple la preuve que, durant ses délibérations, un jury est allé au cinéma et s’est mêlé à la foule : *R. c. Nash* (1949), 94 C.C.C. 288 (C.A.N.-B.). La cour a estimé, à la majorité, que d’importantes considérations de politique générale militaient en faveur du maintien de la règle de common law. Elle a souligné en particulier que le maintien du secret des délibérations du jury favorise des débats francs et ouverts entre les jurés, assure le caractère définitif du verdict et protège les jurés contre le harcèlement, la censure et les récriminations.

24

En ce qui a trait à la constitutionnalité de l’art. 649 du *Code criminel*, la Cour d’appel a conclu à la majorité que la question pertinente était de savoir si l’art. 649 empêchait l’accusé de recueillir la preuve d’une conduite fautive du jury, preuve qui serait admissible en vertu de la common law. Ce n’est que dans la mesure où l’art. 649 empêche les jurés de communiquer des renseignements qui seraient par ailleurs admissibles en vertu de la common law que l’art. 7 de la *Charte* entrerait en jeu. La majorité a estimé que l’expression « délibérations du jury » à l’art. 649 visait le processus de délibération protégé par la règle de common law et que toute preuve dont la communication est interdite par l’art. 649 serait aussi inadmissible au regard de la règle de common law. Sans se prononcer sur la question de savoir si l’art. 649 porte atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*, disposition qui

25

s. 649 was constitutionally valid as it did not impede an accused's access to admissible evidence.

26 In light of its findings concerning the common law rule and s. 649 of the *Code*, the majority dismissed the application to introduce fresh evidence on the basis that the proposed fresh evidence fell squarely within the scope of the common law rule of exclusion.

27 Having disposed of the constitutional issues, the majority considered the other issues raised in the *Pan* action. Pan submitted that Watt J. erred in dismissing the motion for a stay of proceedings prior to the commencement of the third trial. Pan's position was that O'Connell J. erred in declaring a mistrial at the second trial and that he had been unjustly deprived of the verdict of that jury. He claimed that it was therefore an abuse of process to proceed with a third trial, in light also of the two preceding mistrials.

28 The majority noted that it is within a trial judge's discretion to discharge the jury if and when the trial judge is satisfied that the jury is unable to reach a verdict, pursuant to s. 653(1) of the *Criminal Code*. The majority concluded that it would have been preferable for O'Connell J. to have asked the jury in open court whether it had reached a verdict prior to declaring a mistrial. However, the majority agreed with Watt J. that "it was open to the trial judge to conclude that there was not, as announced, 'a verdict', rather an inability of the jurors to agree" (para. 231). As a result, they concluded that the second trial was not improperly terminated.

29 As to the argument that the third trial constituted an abuse of process and should have been stayed, the majority noted that a stay of proceedings is an exceptional remedy, which should only be granted

n'était pas invoquée en l'espèce, la Cour d'appel a donc jugé, à la majorité, que l'art. 649 était constitutionnel et qu'il n'empêchait pas l'accusé de recueillir des éléments de preuve admissibles.

Compte tenu de ses conclusions sur la règle de common law et sur l'art. 649 du *Code*, les juges de la majorité ont rejeté la demande de production d'éléments de preuve nouveaux, pour le motif que ces éléments tombaient clairement dans le champ d'application de la règle d'exclusion prévue par la common law.

Une fois les questions constitutionnelles tranchées, la Cour d'appel s'est penchée sur les autres questions soulevées dans l'affaire *Pan*. Pan a fait valoir que le juge Watt avait commis une erreur en rejetant sa demande d'arrêt des procédures avant le début du troisième procès. La thèse de Pan était que le juge O'Connell avait fait erreur en prononçant la nullité du deuxième procès et qu'il avait été injustement privé du verdict du jury à ce procès. Il a prétendu que la tenue d'un troisième procès constituait en conséquence un abus de procédure, compte tenu aussi de l'annulation des deux procès précédents.

Les juges de la majorité ont souligné que, aux termes du par. 653(1) du *Code criminel*, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de dissoudre le jury s'il est convaincu que celui-ci ne peut s'entendre sur son verdict. Les juges majoritaires ont conclu qu'il aurait été préférable que, avant de prononcer l'annulation du procès, le juge O'Connell demande aux membres du jury, en plein tribunal, s'ils avaient réussi à s'entendre sur le verdict. Les juges de la majorité ont toutefois souscrit à la conclusion du juge Watt qu'[TRADUCTION] « il était loisible au juge du procès de conclure que, contrairement à ce qui avait été annoncé, il n'y avait pas eu "un verdict" mais plutôt incapacité des jurés à s'entendre » (par. 231). En conséquence, la majorité a estimé qu'on n'avait pas mis fin erronément au deuxième procès.

En ce qui a trait à l'argument selon lequel le troisième procès a constitué un abus de procédure et que l'arrêt des procédures aurait dû être ordonné, les juges de la majorité ont souligné que

in the clearest of cases. They also referred to this Court's judgment in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, in which it was held that a third trial on a serious criminal charge did not *per se* result in an abuse of process. Given the fact that there was no prosecutorial misconduct in the present case, the majority held that Watt J. did not err in dismissing Pan's application for a stay of proceedings.

Before the Court of Appeal, Pan also raised a number of other grounds of appeal concerning the rulings made by Watt J. at the third trial and alleged errors in his charge to the jury. All of these other grounds of appeal were dismissed by the Court of Appeal. Only one of these grounds of appeal is raised before this Court, namely the charge to the jury on reasonable doubt.

(ii) *Finlayson J.A., Concurring in the Result*

In his reasons, Finlayson J.A. only addressed the constitutional issues concerning the common law rule of jury secrecy and s. 649 of the *Criminal Code*. In contrast with the majority, Finlayson J.A. concluded that the combined effect of the common law rule and s. 649 of the *Code* was to prevent accused persons from establishing an evidentiary basis for arguing that they were deprived of their constitutional right to a trial by an impartial and independent tribunal. He found that the common law rule should be relaxed and that the court should adopt a flexible, case-by-case approach to the admissibility of evidence where allegations of jury misconduct are raised.

As to s. 649 of the *Code*, Finlayson J.A. disagreed with the Crown's submission that it was simply a codification of the common law rule. After surveying the scant legislative history surrounding the enactment of s. 649, Finlayson J.A. concluded that its purpose was at least partly to prevent the disclosure of information concerning

l'arrêt des procédures est une réparation exceptionnelle qui ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes. Ils ont aussi fait état de l'arrêt de notre Cour *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, dans lequel il a été jugé qu'un troisième procès pour des accusations criminelles graves ne constitue pas en soi un abus de procédure. Compte tenu de l'absence de conduite fautive de la poursuite en l'espèce, les juges majoritaires ont conclu que le juge Watt n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande d'arrêt des procédures présentée par Pan.

Devant la Cour d'appel, Pan a également soulevé un certain nombre d'autres moyens d'appel portant sur les décisions qu'avait prises le juge Watt au cours du troisième procès et sur les erreurs qu'aurait commises ce dernier dans son exposé au jury. Tous ces autres moyens d'appel ont été rejetés par la Cour d'appel. Un seul d'entre eux est plaidé devant notre Cour, l'exposé au jury au sujet du doute raisonnable.

(ii) *Le juge Finlayson, souscrivant au résultat*

Dans ses motifs, le juge Finlayson de la Cour d'appel n'a examiné que les questions constitutionnelles concernant la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et l'art. 649 du *Code criminel*. Contrairement à la majorité, le juge Finlayson a conclu que, ensemble, la règle de common law et l'art. 649 du *Code* avaient pour effet d'empêcher les personnes incriminées de recueillir la preuve leur permettant de plaider qu'elles ont été privées du droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial que leur garantit la Constitution. Il a estimé que la règle de common law devrait être assouplie et que les tribunaux devraient adopter une approche au cas par cas flexible en matière d'admissibilité de la preuve en cas d'allégations de conduite fautive du jury.

En ce qui a trait à l'art. 649 du *Code*, le juge Finlayson n'a pas retenu l'argument du ministère public selon lequel cette disposition n'est que la codification de la règle de common law. Après avoir examiné le maigre historique législatif concernant l'adoption de l'art. 649, le juge Finlayson a conclu que cette disposition avait en partie pour

30

31

32

jury deliberations to the press, and that it was not a codification of the common law rule. In light of his view that the common law rule should be ameliorated to allow evidence of jury deliberations to be admitted in evidence in appropriate circumstances, Finlayson J.A. found that s. 649 prevented the disclosure of potentially admissible evidence. He concluded therefore that s. 649 was overbroad in its application and constituted an infringement of s. 7 of the *Charter* which could not be saved under s. 1.

objectif d'empêcher la communication à la presse de renseignements relatifs aux délibérations du jury et qu'elle n'était pas la codification de la règle de common law. Vu son opinion selon laquelle la règle de common law devrait être améliorée afin de permettre, dans les circonstances appropriées, l'admission d'éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury, le juge Finlayson a estimé que l'art. 649 empêchait la communication d'éléments de preuve potentiellement admissibles. En conséquence, il a estimé que l'art. 649 avait un champ d'application trop large et constituait une atteinte à l'art. 7 de la *Charte* qui ne pouvait être maintenue par application de l'article premier.

33

Finlayson J.A. concurred with the majority, however, in the disposition of the appeal in *Pan*. In his view, no constitutional issue arose with regard to the proposed fresh evidence of the jurors from the second trial. The proposed evidence was directed to the validity of the ruling of Watt J. on the stay application, not to the integrity of the jury verdict at the third trial. Furthermore, far from establishing the impropriety of the mistrial at the second trial, the proposed evidence showed that the jury was irremediably stalemated and that a mistrial was the only conceivable ruling. Therefore, while Finlayson J.A. favoured modifying the common law rule and declaring s. 649 of the *Code* to be unconstitutional, he concluded that the circumstances of the *Pan* action did not warrant such a result.

Le juge Finlayson a toutefois souscrit au dispositif des juges majoritaires dans le pourvoi *Pan*. À son avis, les éléments de preuve nouveaux proposés, qui émanaient des jurés du deuxième procès, ne soulevaient aucune question d'ordre constitutionnel. Ces éléments de preuve touchaient à la validité de la décision du juge Watt à l'égard de la demande d'arrêt des procédures et non à l'intégrité du verdict du jury au troisième procès. De plus, loin d'établir que l'annulation du deuxième procès n'était pas justifiée, les éléments de preuve proposés montraient que le jury se trouvait dans une impasse irrémédiable et que l'annulation du procès était la seule décision plausible. Par conséquent, bien que favorable à la modification de la règle de common law et à l'invalidation de l'art. 649 du *Code*, le juge Finlayson a conclu que les circonstances de l'affaire *Pan* ne justifiaient pas un tel résultat.

2. *The Sawyer Action* (1999), 134 C.C.C. (3d) 152

2. *L'affaire Sawyer* (1999), 134 C.C.C. (3d) 152

(i) *McMurtry C.J.O., Osborne, Labrosse and Charron JJA.*

(i) *Le juge en chef McMurtry et les juges Osborne, Labrosse et Charron*

34

The constitutionality of the common law rule and s. 649 of the *Code* were the only issues raised in the *Sawyer* action. As a result, the majority's conclusions on these issues in the *Pan* action also disposed of the *Sawyer* and *Galbraith* actions.

La constitutionnalité de la règle de common law et celle de l'art. 649 du *Code* étaient les deux seules questions soulevées dans l'affaire *Sawyer*. En conséquence, les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ces questions dans l'affaire *Pan* ont également décidé des affaires *Sawyer* et *Galbraith*.

(ii) *Finlayson J.A., Dissenting*

With respect to the *Sawyer* and *Galbraith* actions, Finlayson J.A. concluded that the trial judge did have jurisdiction to conduct an inquiry of the individual jurors concerning the alleged complaints conveyed to defence counsel by one of the jurors, and that whether he chose to do so on the facts of the case was within his discretion. Finlayson J.A. concluded that the impediments to such an inquiry posed by the common law rule and s. 649 of the *Code* were unconstitutional, and that *Sawyer* and *Galbraith* had been denied their right to attempt to expose the partiality of the jury that convicted them. In the result, Finlayson J.A. would have quashed the conviction and ordered a new trial for both *Sawyer* and *Galbraith*.

V. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice with respect to the *Pan* appeal:

1. Does s. 649 of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is yes, is s. 649 of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does the common law exclusionary rule, precluding the admission of evidence relating to the deliberations of a jury, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to Question 3 is yes, is the above-noted common law rule a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the said common law rule to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(ii) *Le juge Finlayson, dissident*

Relativement aux affaires *Sawyer* et *Galbraith*, le juge Finlayson a estimé que le juge du procès avait effectivement compétence pour interroger chaque juré au sujet des plaintes qui auraient été communiquées à l'avocat de la défense par l'un des jurés, et qu'il avait le pouvoir discrétionnaire voulu pour décider ou non de le faire eu égard aux faits de l'espèce. Le juge Finlayson a conclu que les obstacles à la tenue d'une telle enquête que constituaient la règle de common law et l'art. 649 du *Code* étaient constitutionnels et il a jugé que *Sawyer* et *Galbraith* avaient été privés de leur droit de tenter de mettre au jour la partialité du jury les ayant déclaré coupables. Le juge Finlayson aurait donc annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour *Sawyer* et pour *Galbraith*.

V. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef à l'égard du pourvoi *Pan* :

1. L'article 649 du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11d) ou l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 649 du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. La règle d'exclusion qui, en common law, empêche l'admission d'éléments de preuve concernant les délibérations d'un jury porte-t-elle atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11d) ou l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la règle de common law susmentionnée est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier cette règle de common law pour qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

35

36

5. Does s. 653(1) of the *Criminal Code* and/or the common law power of a judge to declare a mistrial, during or following the deliberations of the jury, violate the protection against double jeopardy which is guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 6. If the answer to Question 5 is yes, is s. 653(1) of the *Criminal Code*, or the said common law power to declare a mistrial, a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the common law power to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 7. Does s. 653(2) of the *Criminal Code* violate s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 8. If the answer to Question 7 is yes, is s. 653(2) of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Le paragraphe 653(1) du *Code criminel* et/ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès, pendant ou après les délibérations du jury, portent-ils atteinte à la protection contre la double incrimination qui est garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, le par. 653(1) du *Code criminel* ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier le pouvoir conféré en common law pour qu'il respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 7. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte à l'art. 7, à l'al. 11d) ou à l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 8. Si la réponse à la septième question est affirmative, le par. 653(2) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

37 With respect to the *Sawyer* appeal, the Chief Justice stated four constitutional questions on September 22, 1999. These are virtually identical to questions 1 through 4 stated in the *Pan* action above and, as a result, the answers to questions 1 through 4 in the *Pan* appeal will also dispose of the *Sawyer* action.

VI. Analysis

A. *Introduction*

38 There is a large measure of common ground in these appeals on the jury secrecy rules, which comprise the common law rule and s. 649 of the *Criminal Code*. All agree that a measure of secrecy is essential to ensure the independence and effectiveness of the jury. There is also agreement that the jury secrecy rules must be compatible with the requirements of the *Charter* and, in particular, with the s. 7 requirement of fundamental fairness in criminal proceedings. The only issue is whether

En ce qui a trait au pourvoi *Sawyer*, le Juge en chef a formulé quatre questions constitutionnelles le 22 septembre 1999. Comme elles sont virtuellement identiques aux quatre premières questions relatives à l'affaire *Pan* énoncées ci-dessus, les réponses à ces questions décideront également de l'affaire *Sawyer*.

VI. Analyse

A. *Introduction*

Il existe un large consensus dans les présents pourvois relatifs aux règles régissant le secret des délibérations du jury, à savoir la règle de common law et l'art. 649 du *Code criminel*. Tous conviennent qu'une certaine mesure de secret est essentielle pour garantir l'indépendance et l'efficacité du jury. Tous s'accordent aussi pour reconnaître que les règles sur le secret des délibérations du jury doivent être compatibles avec les exigences de la *Charte*, en particulier celles prévues par l'art. 7

the current state of the law — common law and statute — conforms with the constitutional requirement of fairness. This, in turn, requires a balance between, on the one hand, preserving the secrecy of deliberations to permit the effective functioning of the jury system, and, on the other hand, ensuring that accused persons are not at risk of being convicted as a result of a perverse process. Along the spectrum between secrecy and openness lies the constitutionally acceptable limit on access to information pertaining to how the jury arrived at its verdict.

A preliminary question was raised in the Court of Appeal as to whether societal interests competing against the liberty interest of the accused must be weighed within the s. 7 analysis, or whether the weighing should be done under s. 1 of the *Charter*. In my view, this issue is not relevant here, and the question poses a false dilemma. The jury secrecy rules are on their face neutral. They could just as easily be invoked by an accused seeking to bar scrutiny of a jury deliberation process that led to an acquittal which the Crown wishes to impeach on appeal.

The question is not one of balancing the individual rights of the accused against the rights of others, or against a larger societal interest, in order to decide whether the jury secrecy rules that curtail review of verdicts infringe the principles of fundamental justice, and therefore s. 7. Rather, the true question is whether the methods of reviewability of jury deliberations, including the jury secrecy rules, are fair and just. This, in turn, assumes either a constitutionally mandated self-standing right of review, as discussed in *R. v. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (Ont. C.A.), or a constitutional principle that, when review is granted, it must proceed fairly. For the purpose of this appeal, I am prepared to assume both. In other words, to test the constitutionality of the jury secrecy rules under

relativement à l'équité fondamentale dans les poursuites pénales. La seule question en litige est celle de savoir si le droit actuel — tant les règles d'origine législative que les règles de common law — est conforme aux exigences constitutionnelles en matière d'équité. Pour que ces exigences soient respectées, il doit exister un juste équilibre entre, d'une part, le maintien du secret des délibérations afin de permettre le bon fonctionnement de l'institution du jury et, d'autre part, la protection des personnes inculpées contre le risque de déclaration de culpabilité par suite d'un processus inique. Sur le continuum entre le secret et la transparence, on trouve la limite constitutionnellement acceptable en matière d'accès à l'information ayant trait à la façon dont le jury est arrivé à son verdict.

S'est soulevée, en Cour d'appel, la question préliminaire de savoir si les intérêts sociétaux qui sont en concurrence avec le droit de l'accusé à la liberté doivent être soupesés au cours de l'analyse fondée sur l'art. 7 ou de celle fondée sur l'article premier de la *Charte*. À mon avis, cette question n'est pas pertinente en l'espèce et elle crée un faux dilemme. Les règles sur le secret des délibérations du jury sont en soi neutres. En effet, elles pourraient tout aussi bien être invoquées par un accusé cherchant à empêcher l'examen du processus de délibération du jury ayant prononcé son acquittement que le ministère public veut contester en appel.

Il ne s'agit pas de soupeser les droits individuels de l'accusé et les droits d'autrui, ou encore un intérêt sociétal plus large, afin de décider si les règles sur le secret des délibérations du jury qui limitent le contrôle des verdicts portent atteinte aux principes de justice fondamentale et, partant, à l'art. 7. Il s'agit plutôt de déterminer si les méthodes de contrôle des délibérations du jury, y compris les règles sur le secret de ces délibérations, sont justes et équitables. Cette question suppose l'existence soit d'un droit de contrôle autonome reconnu par la Constitution, aspect qui a été examiné dans l'arrêt *R. c. Farinacci* (1993), 109 D.L.R. (4th) 97 (C.A. Ont.), soit d'un principe constitutionnel portant que, lorsque le contrôle est autorisé, il doit être effectué équitablement. Pour les fins du présent

39

40

s. 7, one must assume that some review of conviction is required as a principle of fundamental justice, or that, if it is not, any review provided for by statute or at common law must proceed fairly. It cannot be arbitrary, irrational or unjust.

B. *The Common Law Rule of Jury Secrecy*

1. The Role of the Jury

41 The jury trial is a vital component of our system of criminal justice. Its importance in our justice system is described by Cory J. in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13, as follows:

Our courts have very properly stressed the importance of jury verdicts and the deference that must be shown to those decisions. Today, as in the past, great reliance has been placed upon those decisions. That I think flows from the public awareness that 12 members of the community have worked together to reach a unanimous verdict.

42 The various rationales underlying the continued vitality of the jury as decision maker in our criminal justice system are summarized in the majority judgment of this Court in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, by L'Heureux-Dubé J. as follows (at p. 523):

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole.

43 The jury is a judicial organ of the criminal process. It accomplishes a large part of the function exercised by judges in non-jury criminal cases. In a jury trial, the jury is the "judge" of the facts,

pourvoi, je suis disposée à accepter ces deux hypothèses. En d'autres termes, pour examiner la constitutionnalité des règles sur le secret des délibérations du jury au regard de l'art. 7, il faut supposer qu'un certain contrôle de la déclaration de culpabilité est nécessaire en tant que principe de justice fondamentale ou, si ce n'est pas le cas, que tout contrôle prévu par une loi ou par la common law doit se dérouler de façon équitable. Un tel contrôle ne peut être arbitraire, irrationnel ou injuste.

B. *La règle de common law sur le secret des délibérations du jury*

1. Le rôle du jury

Le procès devant jury est un élément essentiel de notre système de justice pénale. Son importance dans notre système de justice a été décrite ainsi par le juge Cory, dans l'arrêt *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13 :

Nos tribunaux ont, à très juste titre, insisté sur l'importance des verdicts rendus par un jury et sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de ces décisions. Aujourd'hui, comme par le passé, elles font l'objet d'une grande confiance. Je crois que cela découle de la conscience du public que 12 membres de la collectivité ont travaillé ensemble en vue de rendre un verdict unanime.

Les diverses raisons expliquant la vitalité de l'institution du jury en tant que décideur dans notre système de justice pénale ont été résumées par le juge L'Heureux-Dubé, dans les motifs qu'elle a exposés pour la majorité de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 523 :

Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système.

Le jury est un organe judiciaire du processus pénal. Il exerce dans une large mesure le même rôle que les juges dans les procès sans jury en matière pénale. Dans un procès devant jury, ce der-

while the presiding judge is the “judge” of the law. They, judge and jury together, produce the judgment of the court. The jury hears all the evidence admitted at trial, receives instructions from the trial judge as to the relevant legal principles, and then retires to deliberate. It applies the law to the facts in order to arrive at a verdict. In acting as fact-finders in a criminal trial, jurors, like judges, bring into the jury room the totality of their knowledge and personal experiences, and their deliberations benefit from the combined experiences and perspectives of all of the jurors. One juror may remember a detail of the evidence that another forgot, or may be able to answer a question that perplexes another juror. Through the group decision-making process, the evidence and its significance can be comprehensively discussed in the effort to reach a unanimous verdict.

While the jury, unlike a judge, does not provide reasons for its ultimate decision, the jury’s deliberations can nevertheless be likened to the reasoning process in which a judge would engage prior to releasing oral or written reasons explaining his or her decision. A judge’s written reasons only reveal the judge’s ultimate rationale for deciding the case as he or she did. They do not necessarily reveal all the thought processes, the hesitations, the *quaeres* and the revisions leading up to those final written reasons. Likewise, the thoughts and discussions of the jurors that occur in the course of their deliberations are not revealed — only the jury’s ultimate verdict is made public.

A judge’s decision may be challenged on appeal, but judges cannot be compelled to testify as to how and why they arrived at a particular judicial decision: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. In fact, as a general rule, reviewing courts do not seek information from the courts whose judgments they are reviewing in order to assess the likely impact of apparent errors. The limited exception to this is

nier est le « juge » des faits tandis que le juge qui préside l’audience est le « juge » du droit. Ensemble, le juge et le jury produisent le jugement de la cour. Le jury entend toute la preuve admise au procès, reçoit les directives du juge du procès au sujet des principes juridiques pertinents, puis se retire pour délibérer. Il applique le droit aux faits afin de parvenir à un verdict. En tant que juges des faits dans les procès criminels, les jurés, tout comme les juges, apportent avec eux dans la salle des jurés leur bagage de connaissances et d’expériences personnelles, et leurs délibérations profitent de la somme des expériences et points de vue de tous les jurés. Un juré peut se rappeler un détail de la preuve qu’un autre juré a oublié, ou encore être en mesure de répondre à une question qui rend un autre juré perplexé. Grâce à ce processus décisionnel collectif, les éléments de preuve et leur importance peuvent être examinés de manière exhaustive en vue d’arriver à un verdict unanime.

Bien que, contrairement au juge, le jury ne motive pas sa décision finale, les délibérations du jury peuvent tout de même se comparer au processus de raisonnement auquel se livre le juge avant d’exposer oralement ou par écrit les motifs expliquant sa décision. Les motifs écrits du juge ne révèlent que les raisons qui l’ont amené en bout de ligne à trancher l’affaire comme il l’a fait. Ils ne révèlent pas nécessairement tous les raisonnements et toutes les hésitations, questions et révisions ayant conduit à la version finale de ces motifs écrits. De même, les opinions qu’ont exprimées les jurés au cours de leurs délibérations ainsi que les discussions qu’ils ont eues à ce moment-là ne sont pas divulguées — seul le verdict final du jury est rendu public.

La décision d’un juge peut être contestée en appel, mais le juge ne peut être contraint de témoigner au sujet des raisons pour lesquelles il est arrivé à une décision judiciaire donnée et de la manière dont il y est parvenu : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56. De fait, en règle générale, les cours de révision ne demandent pas aux tribunaux dont ils examinent les jugements de

44

45

s. 682(1) of the *Criminal Code*, which requires the trial judge to “report” to the court of appeal at the request of the court of appeal. As noted by Cory J. for the majority of this Court in *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 192, the court of appeal should only request such a report “in those rare circumstances where something has occurred which is not reflected on the record upon which opposing counsel cannot agree”. In any event, it is neither designed nor used to probe into the deliberative process of the decision maker, be it judge alone or jury.

leur fournir des renseignements qui leur permettraient d’apprécier les répercussions probables des erreurs qu’ils détectent. L’exception limitée à cette règle générale est le par. 682(1) du *Code criminel*, lequel oblige le juge du procès à fournir un « rapport » à la cour d’appel, sur demande de cette dernière à cet effet. Comme l’a souligné le juge Cory, s’exprimant alors pour la majorité de notre Cour, dans l’arrêt *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 192, les tribunaux d’appel ne doivent demander un tel rapport que « dans les rares cas où il s’est produit un événement qui ne ressort pas du dossier et à propos duquel les avocats adverses ne peuvent s’entendre ». Quoi qu’il en soit, cette exception ne vise pas ni ne sert à scruter le processus de délibération du décideur, qu’il s’agisse d’un juge seul ou d’un jury.

46

Viewed in that light, the jury secrecy rules are not totally at odds with the methods of review of all fact-finding decisions. While the jury’s verdict may be challenged through the normal appeal process, the jury’s reasons for arriving at the verdict cannot be inquired into. This reflects, in part, the sound concern about the difficulty of reconstructing after the fact, and with hindsight, the integrity of the reasoning process that led to the original decision.

Considérées sous cet éclairage, les règles sur le secret des délibérations du jury ne sont pas totalement incompatibles avec les méthodes de contrôle de toutes les décisions des juges des faits. Quoique le verdict du jury puisse être attaqué dans le cadre du processus d’appel normal, les raisons pour lesquelles les jurés sont arrivés à ce verdict ne peuvent être examinées. Cette situation reflète en partie le souci valable lié à la difficulté que soulève la reconstitution, après coup et avec le recul du temps, de l’intégrité du raisonnement qui a conduit à la décision originale.

2. Origins of the Common Law Rule

2. Les origines de la règle de common law

47

The proposition that the jury must deliberate in private, free from outside interference, is a principle that has deep roots in the English common law. In earlier times, the restrictions imposed on juries during the deliberation process were quite severe: *Coke on Littleton* (1789), vol. II, para. 227b, as quoted in *R. v. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744 (H.C.), at p. 745:

La proposition selon laquelle le jury doit délibérer en privé, à l’abri des interventions extérieures, est un principe qui est profondément enraciné dans la common law britannique. Au début, les restrictions imposées aux jurys durant leur processus de délibération étaient très sévères : *Coke on Littleton* (1789), vol. II, par. 227b, cité dans la décision *R. c. Dyson*, [1972] 1 O.R. 744 (H.C.), p. 745 :

By the law of England a jury, after their evidence given upon the issue, ought to be kept together in some convenient place, without meat or drinke, fire or candle, which some bookes call an imprisonment, and without speech with any, unlesse it be the bailife, and with him onely if they be agreed.

[TRADUCTION] Suivant le droit d’Angleterre, après qu’il a entendu la preuve sur la question en litige, le jury doit être rassemblé dans un endroit approprié, sans nourriture et boisson, chaleur et lumière, ce que certains livres appellent la séquestration, et sans communication avec quiconque, à l’exception du huissier et encore là seulement s’ils sont d’accord.

The common law rule of jury secrecy, which prohibits the court from receiving evidence of jury deliberations for the purpose of impeaching a verdict, similarly reflects a desire to preserve the secrecy of the jury deliberation process and to shield the jury from outside influences. The common law rule, also referred to as Lord Mansfield's rule, can be traced back to the case of *Vaise v. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944 (K.B.), in which Lord Mansfield ruled that the court could not receive affidavits from jurors attesting to their own misconduct in reaching a verdict by lot: see *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, § 2352, at p. 696. The rule was explicitly adopted by this Court in *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403, in the context of a civil jury trial.

3. The Evolving Rationales for the Jury Secrecy Rule

The policy justifications underlying Lord Mansfield's rule have evolved over time. The original rationale for the rule was that, because the violation of the juror's oath was a high misdemeanour, affidavits of jurors themselves were inadmissible as they were self-incriminatory. As this rationale fell into disuse, others were advanced. The main policy concerns advanced in support of keeping secret forever the deliberations of the jury have been canvassed by the Court of Appeal.

The first reason supporting the need for secrecy is that confidentiality promotes candour and the kind of full and frank debate that is essential to this type of collegial decision making. While searching for unanimity, jurors should be free to explore out loud all avenues of reasoning without fear of exposure to public ridicule, contempt or hatred. This rationale is of vital importance to the potential acquittal of an unpopular accused, or one charged with a particularly repulsive crime. In my view, this rationale is sound, and does not require empirical confirmation.

La règle de common law sur le secret des délibérations du jury, qui interdit aux tribunaux d'admettre des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury et visant à attaquer leur verdict, traduit aussi le désir de préserver le secret du processus de délibération du jury et de protéger celui-ci des influences extérieures. La règle de common law, aussi appelée règle de lord Mansfield, remonte à la décision *Vaise c. Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944 (K.B.), dans laquelle lord Mansfield a jugé que le tribunal ne pouvait recevoir des affidavits dans lesquels des jurés attestaient avoir agi de façon irrégulière en rendant leur verdict en jouant à pile ou face : *Wigmore on Evidence* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, § 2352, p. 696. La règle a été expressément adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Danis c. Saumure*, [1956] R.C.S. 403, dans le contexte d'un procès civil devant jury.

3. L'évolution des justifications de la règle sur le secret des délibérations du jury

Les justifications de politique générale à la base de la règle de lord Mansfield ont évolué avec le temps. La justification originale était que, comme la violation du serment du juré constituait un délit grave, les affidavits des jurés eux-mêmes étaient inadmissibles puisqu'ils étaient incriminants. Lorsque cette justification est tombée en désuétude, d'autres ont été avancées. Les principales considérations de politique générale invoquées à l'appui du maintien permanent du secret des délibérations du jury ont été analysées en profondeur par la Cour d'appel.

La première raison est le fait que la confidentialité encourage la franchise et le genre de débats ouverts et exhaustifs essentiels à ce type de processus décisionnel collégial. Tout en visant à l'unanimité, les jurés doivent être libres d'explorer toutes les façons de voir les choses sans avoir à craindre de s'exposer au ridicule, au mépris ou à la haine. Cette justification est d'une importance vitale pour l'acquittement potentiel d'un accusé impopulaire ou d'une personne inculpée d'un crime particulièrement répugnant. À mon avis, cette justification est fondée et ne nécessite pas de confirmation empirique.

48

49

50

51 The Court of Appeal also placed considerable weight on the second rationale for the secrecy rule: the need to ensure finality of the verdict. Describing the verdict as the product of a dynamic process, the court emphasized the need to protect the solemnity of the verdict, as the product of the unanimous consensus which, when formally announced, carries the finality and authority of a legal pronouncement. That rationale is more abstract, and inevitably invites the question of why the finality of the verdict should prevail over its integrity in cases where that integrity is seriously put in issue. In a legal environment such as ours, which provides for generous review of judicial decisions on appeal, and which does not perceive the voicing of dissenting opinions on appeal as a threat to the authority of the law, I do not consider that finality, standing alone, is a convincing rationale for requiring secrecy.

La Cour d'appel a aussi accordé un poids considérable à la deuxième justification de la règle sur le secret des délibérations et jury : la nécessité d'assurer le caractère définitif du verdict. En décrivant le verdict comme le produit d'un processus dynamique, la cour a souligné la nécessité de protéger la solennité du verdict en tant que produit d'un accord unanime qui, lorsqu'il est officiellement annoncé, possède le caractère définitif et l'autorité d'une décision judiciaire. Cette justification est plus abstraite et appelle inévitablement la question de savoir pourquoi le caractère définitif du verdict devrait prévaloir sur son intégrité dans les cas où celle-ci est sérieusement remise en question. Dans un environnement juridique comme le nôtre, qui autorise généreusement le contrôle des décisions judiciaires en appel et qui ne perçoit pas l'expression d'opinions dissidentes en appel comme une menace à l'autorité du droit, je ne considère pas que le caractère définitif du verdict constitue à lui seul une justification suffisamment convaincante pour exiger le maintien du secret.

52 The respondent, as well as the interveners supporting its position and, in particular, the Attorney General of Quebec, place great emphasis on the third main rationale for the jury secrecy rule — the need to protect jurors from harassment, censure and reprisals. Our system of jury selection is sensitive to the privacy interests of prospective jurors (see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128), and the proper functioning of the jury system, a constitutionally protected right in serious criminal charges, depends upon the willingness of jurors to discharge their functions honestly and honourably. This in turn is dependent, at the very minimum, on a system that ensures the safety of jurors, their sense of security, as well as their privacy.

L'intimée, de même que les intervenants qui appuient sa position et tout particulièrement le procureur général du Québec, insistent beaucoup sur la troisième justification principale de la règle sur le secret des délibérations du jury — la nécessité de protéger les jurés contre le harcèlement, la censure et les représailles. Notre système de sélection du jury est sensible au droit à la vie privée des jurés potentiels (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128), et le bon fonctionnement de l'institution du jury, droit garanti par la Constitution aux personnes inculpées de crimes graves, dépend de la volonté des jurés de s'acquitter de leurs fonctions de façon honnête et honorable. Pour cela, il faut à tout le moins un système qui assure concrètement la sécurité des jurés, leur sentiment d'être protégés ainsi que le respect de leur vie privée.

53 I am fully satisfied that a considerable measure of secrecy surrounding the deliberations of the jury is essential to the proper functioning of that important institution and that the preceding rationales serve as a useful guide to the boundaries between

Je suis absolument convaincue qu'il est essentiel au bon fonctionnement de l'importante institution qu'est le jury d'assurer une protection considérable au secret des délibérations des jurés et que les justifications qui précèdent constituent des paramètres

the competing demands of secrecy and reviewability.

4. The Ambit of the Common Law Secrecy Rule

Under Lord Mansfield's rule, evidence relating to what occurs among the jurors in the jury room is not admissible. Although the rule was originally expressed to preclude the evidence of the jurors themselves being tendered to expose their deliberations, subsequent authorities have held that evidence pertaining to jury deliberations cannot be admitted even where the evidence originates from someone outside the jury who overheard the jurors discussing the verdict, as was the case in *R. v. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843 (C.A.).

As the English cases show, the rule seeks to preserve the secrecy of the jury's deliberations, while ensuring that those deliberations remain untainted by contact with information or individuals from outside the jury. As a result, where the evidence establishes that the jury has been exposed to outside information or influences, it will generally be admissible. The situations in which evidence has been admitted under the rule in the English cases include: evidence that someone tried to bribe one of the jurors in the course of the trial: *R. v. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281 (C.A.); evidence that a jury bailiff may have made remarks to a jury revealing the fact that the accused had previous convictions: *R. v. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466 (C.A.); and evidence that a juror had used a cellular telephone to call someone at his place of business from the jury room: *R. v. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216 (C.A.).

The application of the rule in the English cases has resulted, at times, in incongruous results. For example, evidence that a jury bailiff told the jurors of the accused's previous convictions has been

utiles pour délimiter les exigences opposées que constituent le secret des délibérations des jurys et le contrôle de leur verdict.

4. Le champ d'application de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury

Suivant la règle de lord Mansfield, la preuve relative à ce qui se passe au sein des jurés dans la salle où ils délibèrent n'est pas admissible. Quoique, à l'origine, la règle visait à empêcher que les éléments de preuve émanant des jurés eux-mêmes ne puissent être présentés pour révéler leurs délibérations, il a été jugé, dans des décisions subséquentes, que la preuve relative aux délibérations du jury ne peut être admise même lorsqu'elle émane de quelqu'un qui ne faisait pas partie du jury et qui a entendu les jurés discuter du verdict, comme c'était le cas dans l'affaire *R. c. Bean*, [1991] *Crim. L.R.* 843 (C.A.).

Comme le montrent les décisions britanniques, la règle vise à maintenir le secret des délibérations du jury, tout en faisant en sorte que ces délibérations ne soient pas viciées par le fait que les jurés viendraient en contact avec des informations ou personnes extérieures à leur groupe. En conséquence, lorsque la preuve établit que le jury a été exposé à des informations ou influences extérieures, cette preuve sera généralement admissible. Parmi les situations où de tels éléments de preuve ont été admis en vertu de cette règle dans des affaires britanniques, mentionnons les suivantes : preuve que quelqu'un avait tenté de soudoyer l'un des jurés durant le procès : *R. c. Putnam* (1991), 93 Cr. App. R. 281 (C.A.); preuve qu'un huissier avait pu révéler au jury que l'accusé avait un casier judiciaire : *R. c. Brandon* (1969), 53 Cr. App. R. 466 (C.A.); et preuve qu'un juré avait, dans la salle de délibération du jury, utilisé un téléphone cellulaire pour appeler quelqu'un à son lieu de travail : *R. c. McCluskey* (1993), 98 Cr. App. R. 216 (C.A.).

Dans les affaires britanniques, l'application de la règle a parfois abouti à des résultats incohérents. Par exemple, la preuve selon laquelle un huissier avait fait part aux jurés des déclarations de culpa-

54

55

56

held to be admissible (*Brandon, supra*), whereas evidence that the jury foreperson told the other jurors of the accused's previous convictions has been held to be inadmissible (*R. v. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65 (C.C.A.)). The rationale for the different result in these two situations is presumably that, in the former, the prejudicial information emanated from a source outside the jury room while, in the latter, the information, though equally prejudicial, was furnished by one of the jurors. In each case, however, the information is the same and its effect upon the jury is likely the same.

bilité antérieures de l'accusé a été jugée admissible (*Brandon, précité*), tandis que la preuve portant que le président du jury avait mentionné la même information aux autres jurés a été jugée inadmissible (*R. c. Thompson*, [1962] 1 All E.R. 65 (C.C.A.)). La raison expliquant la différence de résultat dans ces deux affaires est probablement le fait que, dans le premier cas, l'information préjudiciable émanait d'une source extérieure à la salle des jurés, alors que, dans le second, l'information, bien que tout aussi préjudiciable, avait été donnée par un des jurés. Dans chaque cas, toutefois, l'information était la même et son effet sur le jury était vraisemblablement le même.

57

In Canada, with the exception of the case of *R. v. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280 (B.C.C.A.), discussed below, the courts have applied Lord Mansfield's rule to exclude evidence of the jury's deliberations. In *R. v. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47 (Sask. C.A.), the sheriff overheard a discussion by the jury in the jury room to the effect that they were going to decide the case by majority vote. A few minutes after this conversation, the jury rendered a guilty verdict. The appellant sought leave to examine the jurors for the purpose of impeaching their verdict. The court concluded that Lord Mansfield's rule was equally applicable to the evidence of a stranger as to the jury's deliberations, and declined to allow an inquiry of the jurors. As with the English cases, where the evidence relates to an intrusion into the jury deliberation process by an outside influence, the courts have admitted the evidence. For example, in *R. v. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377, the Quebec Court of Appeal held that evidence from a juror showing that a Crown attorney had entered the jury room in the absence of the jury and erased words from the blackboard was admissible, but that evidence concerning the effect of this act upon the jury was not admissible. The courts have also held that where the jury has had contact with third parties during the course of its deliberations, for example by calling home or mingling with the crowd at the movies, evidence

Au Canada, exception faite de l'affaire *R. c. Zacharias* (1987), 39 C.C.C. (3d) 280 (C.A.C.-B.), qui sera examinée plus loin, les tribunaux ont appliqué la règle de lord Mansfield pour écarter des éléments de preuve relatifs aux délibérations du jury. Dans l'affaire *R. c. Perras* (1974), 18 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Sask.), le shérif a entendu par hasard les jurés dire, dans leur salle de délibération, qu'ils décideraient l'affaire à la majorité des voix. Quelques minutes après cette conversation, le jury a rendu un verdict de culpabilité. L'appelant a demandé l'autorisation d'interroger les jurés afin d'attaquer leur verdict. La cour a jugé que la règle de lord Mansfield s'appliquait également au témoignage d'une personne ne participant pas aux délibérations du jury et a refusé d'autoriser l'interrogatoire des jurés. Tout comme dans les affaires britanniques, lorsque la preuve a trait à une intrusion par une influence extérieure dans le processus de délibération du jury, les tribunaux ont jugé cette preuve admissible. Dans l'arrêt *R. c. Mercier* (1973), 12 C.C.C. (2d) 377, par exemple, la Cour d'appel du Québec a conclu que le témoignage d'un juré établissant qu'un substitut du procureur général était entré dans la salle des jurés en l'absence de ceux-ci et avait effacé des mots sur un tableau était admissible, mais que la preuve relative à l'incidence de cet acte sur le jury n'était pas admissible. Des tribunaux ont également jugé que, lorsque des jurés ont eu des contacts avec des tiers au cours de leurs délibérations, par exemple en téléphonant à la maison ou en se mêlant à la foule au cinéma, la preuve relative à ces irrégularités est

concerning these irregularities is admissible: *R. v. Ryan* (1951), 13 C.R. 363 (B.C.C.A.); *Nash, supra*.

As noted by the majority of the Court of Appeal, Lord Mansfield's rule has been applied restrictively in some Canadian cases so as to preclude the admission of evidence emanating from one of the jurors even where this evidence concerns the alleged influence of a third party on the jury deliberations. For example, in *R. v. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568 (Man. C.A.), the appellant claimed that an RCMP officer had communicated information to a juror about the appellant's co-conspirator and that this information was conveyed to the other jurors. This evidence was sought to be admitted through the testimony of the jury foreman. The court held that the foreman's evidence as to comments made in the jury room was inadmissible. This is similar to the English case of *Thompson, supra*, in which the rule was applied restrictively to preclude the admission of evidence that the foreman had produced a list of the accused's previous convictions during the deliberations.

I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that Lord Mansfield's rule should not be applied in such a restrictive manner. Evidence indicating that the jury has been exposed to some information or influence from outside the jury should be admissible for the purpose of considering whether or not there is a reasonable possibility that this information or influence had an effect upon the jury's verdict. Such evidence should be admissible regardless of whether it is a juror or someone outside the jury who offers the evidence. However, while jurors may testify as to whether or not they were exposed to extrinsic information in the course of their deliberations, the court should not admit evidence as to what effect such information had upon their deliberations. As I indicated earlier, reviewing courts do not probe into the deliberative process of trial judges, beyond what is revealed in their oral or written reasons, even when these reasons reveal very little. Whether this sound practice is based on a respect for the inde-

admissible : *R. c. Ryan* (1951), 13 C.R. 363 (C.A.C.-B.); *Nash, précité*.

Comme l'ont souligné les juges de la majorité de la Cour d'appel, la règle de lord Mansfield a, dans certaines décisions canadiennes, été appliquée de manière restrictive afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve émanant de l'un des jurés même lorsque ces éléments concernaient l'influence qu'un tiers aurait exercée sur les délibérations du jury. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Wilson* (1993), 78 C.C.C. (3d) 568 (C.A. Man.), l'appelant prétendait qu'un agent de la GRC avait donné à un juré des renseignements au sujet du complice de l'appelant et que ces renseignements avaient été communiqués aux autres jurés. On a voulu introduire cette preuve en faisant témoigner le président du jury. La cour a conclu que le témoignage du président du jury sur les commentaires faits au sein du jury était inadmissible. Cette décision s'apparente à l'affaire britannique *Thompson, précitée*, où la règle a été appliquée de manière restrictive afin d'empêcher l'admission d'éléments de preuve portant que le président du jury avait, au cours des délibérations, produit la liste des déclarations de culpabilité antérieures de l'accusé.

Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle la règle de lord Mansfield ne devrait pas être appliquée d'une manière aussi restrictive. Des éléments de preuve établissant que le jury a été exposé à quelque information ou influence étrangère au jury devraient être admis pour déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que cette information ou influence ait eu un effet sur le verdict du jury. De tels éléments de preuve devraient être admis, indépendamment du fait que ce soit un membre du jury ou quelqu'un d'autre qui vienne déposer à cet égard. Toutefois, bien que les jurés puissent témoigner quant à la question de savoir s'ils ont ou non été exposés à de l'information extrinsèque au cours de leurs délibérations, le tribunal ne devrait pas admettre d'éléments de preuve relatifs à l'effet de ces renseignements sur leurs délibérations. Comme je l'ai indiqué plus tôt, les cours de révision n'examinent pas le processus de délibération du juge qui a présidé le procès, au-delà de ce qui ressort de ses

pendence of the original adjudicator, or on the more pragmatic conclusion that the exercise would likely be futile, it applies with equal force to the deliberations of a jury. Clearly, in some cases, evidence that would be admissible under the extrinsic distinction would also fall within the meaning of obstructing justice in s. 139(2) of the *Criminal Code* and could therefore be disclosed pursuant to an investigation under s. 139(2) of the *Code*.

motifs oraux ou écrits, même lorsque ces motifs révèlent très peu de choses. Que cette pratique judicieuse repose sur le respect de l'indépendance du premier décideur ou sur la conclusion plus pragmatique qu'il serait probablement futile de pousser l'examen plus loin, elle s'applique avec autant de force aux délibérations du jury. Il va de soi que, dans certains cas, un élément de preuve admissible en vertu de la distinction applicable à la preuve extrinsèque serait également visé par les dispositions en matière d'entrave à la justice du par. 139(2) du *Code criminel* et pourrait donc être produit dans le cadre d'une enquête fondée sur ce paragraphe.

60 The majority of the Court of Appeal defined the jury deliberation process as including "statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" (para. 140). The majority found that it was this core of jury secrecy and nothing more that Lord Mansfield's rule sought to protect. While I agree that this definition accurately reflects the current application of the common law rule in Canada, I think that it requires further clarification as to the distinction between matters intrinsic to the deliberation process, which cannot be revealed, and extrinsic matters which would be admissible without infringing the secrecy rule. The distinction between intrinsic and extrinsic matters is not always self-evident and it is not possible to articulate with complete precision what is contemplated by the idea of a matter "extrinsic" to the jury deliberation process.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont dit que le processus de délibération du jury incluait les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres du jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). La majorité a conclu que la règle de lord Mansfield vise à protéger les choses qui touchent au cœur du secret des délibérations du jury et rien de plus. Bien que je reconnaisse que cette définition reflète précisément l'application courante de la règle de common law au Canada, j'estime que des précisions s'imposent quant à la distinction entre les choses intrinsèques du processus de délibération, lesquelles ne peuvent être révélées, et les choses extrinsèques, lesquelles seraient admissibles sans atteinte à la règle sur le secret des délibérations du jury. La distinction entre les choses intrinsèques et extrinsèques n'est pas toujours évidente et il n'est pas possible de définir avec une précision absolue ce que vise la notion de chose « extrinsèque » au processus de délibération du jury.

61 Jurors are expected to bring to their task their entire life's experiences. It is on the basis of what they know about human behaviour, knowledge that they have obviously acquired outside the courtroom, that they are requested to assess credibility and to draw inferences from proven facts. Even though not the object of evidence tendered in the trial, an opinion, a piece of general information, or even some specialized knowledge that a juror may reveal in the course of the deliberations, is not an

L'on s'attend à ce que les jurés mettent à contribution tout leur bagage d'expériences dans l'accomplissement de leur tâche. C'est à partir de leurs connaissances sur le comportement humain, connaissances qu'ils ont évidemment acquises à l'extérieur de la salle d'audience, qu'on leur demande d'apprécier la crédibilité des témoins et de tirer des inférences des faits prouvés. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un élément de preuve produit au procès, une opinion, une information générale ou même un

extrinsic matter. Typically, such information would not be the object of evidence tendered at trial. It would be viewed as either irrelevant, too remote, or as attempting to usurp the functions of the jury. On the other hand, if a juror, or a third party, conveys to the jury information that bears directly on the case at hand that was not admitted at trial, by reason of an oversight or a strategic decision by counsel or, worse yet, by operation of an exclusionary rule of admissibility, then it is truly a matter “extrinsic” to the deliberation process and the fact that it was introduced into that process may be revealed.

The line between matters of general knowledge and information that bears directly on the case may not always be evident. For example, if a juror shares with his fellow jurors his detailed familiarity with the location where the crime was alleged to have been committed, this may be viewed as an intrinsic matter protected by the secrecy rule. If the same juror, however, went on a visit to the site, took photographs and brought them back to the jury room to support his interpretation of the facts at issue, this may be extrinsic, outside information that falls outside the secrecy rule. In my view, the limits of the secrecy rule as it exists at common law are properly expressed by the distinction between intrinsic and extrinsic evidence even though that distinction itself is at times difficult to discern. What remains to be determined is whether or not the common law rule of exclusion, as expressed above, should be modified or whether, in its present form, it is consistent with the principles of fundamental justice.

C. Should the Common Law Rule Be Changed?

The Crown’s position is that Lord Mansfield’s rule should be strictly applied and that the line should be drawn at the jury room door. In the Crown’s submission, any information emanating

renseignement de nature spécialisée que révèle un juré au cours des délibérations ne constitue pas une chose extrinsèque. Généralement, un tel renseignement ne ferait pas partie de la preuve présentée au procès. Il serait considéré comme dépourvu de toute pertinence, trop éloigné ou encore comme une tentative d’usurpation des fonctions du jury. Par ailleurs, si un juré ou un tiers communique au jury des renseignements portant directement sur l’affaire en cause et qui n’ont pas été admis au procès soit par inadvertance, soit par suite d’une décision stratégique de l’avocat d’une partie ou, pire encore, par suite de l’application d’une règle d’exclusion de la preuve, il s’agit alors d’une chose « extrinsèque » au processus de délibération et le fait qu’ils ont été introduits dans ce processus peut être révélé.

La ligne de démarcation entre les connaissances générales et les informations portant directement sur l’affaire n’est pas toujours évidente. Par exemple, si un juré familier avec le lieu où le crime se serait produit donne des précisions aux autres jurés, cette information pourrait être perçue comme une chose intrinsèque protégée par la règle sur le secret des délibérations du jury. Toutefois, si le même juré se rendait sur les lieux en question et y prenait des photographies qu’il rapportait dans la salle des jurés pour appuyer son interprétation des faits en litige, il pourrait s’agir d’informations extrinsèques, de renseignements extérieurs qui ne seraient pas visés par la règle sur le secret des délibérations. À mon avis, les limites de cette règle, telle qu’elle existe en common law, sont bien définies par la distinction entre la preuve intrinsèque et la preuve extrinsèque, même si cette distinction est elle-même parfois difficile à cerner. Il reste à déterminer si la règle d’exclusion prévue par la common law, telle qu’elle a été énoncée plus haut, devrait être modifiée ou si, dans sa forme actuelle, elle respecte les principes de justice fondamentale.

C. La règle de common law devrait-elle être modifiée?

La thèse du ministère public est que la règle de lord Mansfield devrait être appliquée strictement et que la limite devrait être fixée au pas de la porte de la salle des jurés. Selon le ministère public, tout

from the jurors themselves, even evidence that one juror told the others that the accused has a previous criminal record, as was the case in *Thompson, supra*, should be inadmissible. According to the Crown, a clear, bright line is required in this area of the law and nuances based on whether evidence is extrinsic or intrinsic to the deliberation process should therefore be avoided.

renseignement émanant des jurés eux-mêmes, même la preuve qu'un juré a dit aux autres que l'accusé avait un casier judiciaire, comme dans l'affaire *Thompson*, précitée, devrait être inadmissible. De l'avis du ministère public, il est nécessaire de disposer d'une limite bien définie dans ce domaine du droit et, en conséquence, il faut éviter les nuances fondées sur la question de savoir si on est en présence d'une preuve extrinsèque ou intrinsèque par rapport au processus de délibération du jury.

64 The appellants' position is that the flexible, case-by-case approach advocated by Finlayson J.A. in his reasons in *Pan* should be preferred. When difficult cases present themselves in which the operation of Lord Mansfield's rule may be unjust, Finlayson J.A. concludes that "it is incumbent on the court to do more than maintain blind allegiance to a rule that may work an injustice" (para. 369). Instead, according to Finlayson J.A., the court must fashion a remedy that works justice in the particular circumstances of the case, even if that requires modifying Lord Mansfield's rule.

La thèse des appelants est que la méthode au cas par cas souple qu'a préconisée le juge Finlayson de la Cour d'appel, dans ses motifs de dissidence dans *Pan*, devrait être retenue. Dans des affaires délicates où l'application de la règle de lord Mansfield peut être source d'injustice, le juge Finlayson conclut qu'[TRADUCTION] « il incombe au tribunal de ne pas se contenter d'appliquer aveuglement une règle qui peut entraîner une injustice » (par. 369). De l'avis du juge Finlayson, le tribunal doit plutôt élaborer une réparation qui soit juste dans les circonstances particulières de l'espèce, même s'il faut pour cela modifier la règle de lord Mansfield.

65 In support of this approach, Finlayson J.A. refers to the case of *Zacharias, supra*. In that case, the appellant was convicted of fraud by a jury. After the trial, the foreman of the jury contacted defence counsel and told him that third parties had communicated false prejudicial information about the appellant to members of the jury. Defence counsel referred the matter to Crown counsel and an investigation was conducted in which 11 members of the jury were questioned. The investigation of the allegations did not reveal any evidence of an offence under what is now s. 139(2) of the *Code*. However, the investigation did disclose that the jurors believed that they would be kept in deliberations for two or three weeks if they told the judge that they were unable to agree, and that they also believed that they could not ask the trial judge for clarification as to what constitutes a hung jury.

Au soutien de cette approche, le juge Finlayson invoque l'arrêt *Zacharias*, précité. Dans cette affaire, l'appelant a été déclaré coupable de fraude par un jury. Après le procès, le président du jury a communiqué avec l'avocat de la défense et lui a dit que des tiers avaient donné à des membres du jury de faux renseignements préjudiciables au sujet de l'appelant. L'avocat de la défense a communiqué cette information à l'avocat du ministère public et on a alors mené une enquête au cours de laquelle 11 membres du jury ont été interrogés. L'enquête sur ces allégations n'a pas permis de découvrir quelque preuve que ce soit d'une infraction à la disposition qui est maintenant le par. 139(2) du *Code*. Elle a toutefois révélé que les jurés croyaient qu'ils seraient contraints de délibérer pendant deux ou trois semaines s'ils disaient au juge qu'ils étaient incapables de s'entendre, et qu'ils croyaient également ne pas avoir le droit de demander au juge des précisions sur ce qui constitue un désaccord du jury.

The Court of Appeal in *Zacharias* concluded that the investigators were wrong in not preventing the jurors from revealing evidence of their deliberations. However, the Court also concluded that the disclosed information supported the conclusion that the jurors rendered a verdict of guilty because they did not fully understand the options open to them. In the result, the Court of Appeal, while noting that the “peculiar circumstances of this case ought to strip it of any precedent-setting value for probing a jury’s deliberations in other cases”, held that the conviction should be quashed and a new trial ordered (p. 284). The *Zacharias* case appears to be the only Canadian decision that has allowed the disclosure of jury deliberations for the purpose of impeaching the verdict: see *Wilson, supra*, at p. 574.

Under the case-by-case approach advocated by the appellants and Finlayson J.A., the court could admit any evidence of irregularities in the jury proceedings for the purpose of impeaching the verdict where it considered that such evidence may have affected the outcome of the trial. The advantage of this approach is obviously that it ensures a thorough review of the integrity of the verdict by shedding light on any impropriety or error that may have tainted the jury’s deliberations. The evidence can be admitted regardless of whether the alleged impropriety results from some outside influence or emanates from inside the jury room. Taken to its logical conclusion, this approach would suggest that, for the purposes of facilitating the best possible reconstruction of the deliberation process, should such reconstruction be required, minutes or some form of record of the jury’s deliberations should be kept. Even without going that far, I do not think that this approach is sound.

While the case-by-case approach ensures that no occurrences of jury misconduct are shielded from review, it also undermines, in a fundamental way, the very concept of jury secrecy. If the confidenti-

Dans l’affaire *Zacharias*, la Cour d’appel a conclu que les enquêteurs avaient eu tort de ne pas empêcher les jurés de révéler des éléments de preuve au sujet de leurs délibérations. Toutefois, la cour a également jugé que les renseignements divulgués appuyaient la conclusion que les jurés avaient rendu un verdict de culpabilité parce qu’ils ne comprenaient pas parfaitement les solutions qui s’offraient à eux. Par conséquent, tout en soulignant que les [TRADUCTION] « circonstances particulières de l’espèce devraient lui enlever toute valeur de précédent qui justifierait l’investigation des délibérations du jury dans des affaires subséquentes », la Cour d’appel a annulé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d’un nouveau procès (p. 284). L’affaire *Zacharias* semble être la seule décision canadienne dans laquelle le tribunal a autorisé la divulgation des délibérations du jury aux fins de contestation du verdict : voir l’arrêt *Wilson*, précité, p. 574.

Suivant la méthode au cas par cas préconisée par les appelants et le juge Finlayson de la Cour d’appel, le tribunal pourrait admettre toute preuve d’irrégularités dans les délibérations du jury aux fins de contestation du verdict lorsqu’il estime que cet élément de preuve peut avoir influé sur l’issue du procès. L’avantage de cette méthode est évidemment qu’elle garantit un examen approfondi de l’intégrité du verdict en mettant en lumière toute irrégularité ou erreur susceptible d’avoir vicié les délibérations du jury. La preuve peut être admise indépendamment du fait que l’irrégularité alléguée résulte de quelque influence extérieure ou émane de l’intérieur de la salle des jurés. Poussée à sa conclusion logique, cette approche semble indiquer que, en vue de faciliter la reconstitution la plus fidèle possible du processus de délibération, à supposer qu’une telle reconstitution s’avérerait nécessaire, il faudrait consigner dans un procès-verbal ou par quelque autre moyen les délibérations du jury. Même sans aller jusque là, je ne crois pas que cette approche soit judicieuse.

Quoique l’approche au cas par cas fasse en sorte qu’aucune conduite fautive du jury n’est à l’abri du contrôle judiciaire, elle a également pour effet de miner, d’une manière fondamentale, la notion

66

67

68

ality of the jury deliberation process is contingent on whether any allegations of impropriety are later raised following the conclusion of the trial, jury secrecy will be an illusory concept. We would be doing jurors a disservice, in my view, to tell them, on the one hand, that everything they say in the course of their deliberations is private and confidential, and, on the other hand, to decide after the deliberations are over whether in fact we will give effect to our guarantee of confidentiality. Given the importance of preserving the secrecy of jury deliberations in order to foster free and frank debate in the jury room and to protect jurors from harassment, we should not adopt an approach that determines whether the deliberations of the jury will remain secret after the fact, on a case-by-case basis. More certainty and predictability is required for jury secrecy to be meaningful.

même de secret des délibérations du jury. Si la confidentialité du processus de délibération du jury dépend de la question de savoir si quelqu'un présentera ou non des allégations d'irrégularité après le procès, le secret des délibérations du jury ne sera qu'un concept illusoire. À mon avis, ce serait rendre un bien mauvais service aux jurés de leur indiquer dans un premier temps que tout ce qu'ils disent au cours de leurs délibérations est secret et confidentiel, mais de décider dans un second temps, une fois les délibérations terminées, si nous donnerons effet concrètement à notre garantie de confidentialité. Compte tenu de l'importance de la préservation du secret des délibérations du jury afin d'encourager la tenue de débats ouverts et francs dans la salle des jurés et de protéger les jurés contre le harcèlement, nous ne devrions pas adopter une approche suivant laquelle on décide après coup, au cas par cas, si les délibérations du jury resteront secrètes. Davantage de certitude et davantage de prévisibilité sont nécessaires pour que le secret des délibérations du jury garde tout son sens.

69 The interpretation of the common law rule adopted by the majority of the Court of Appeal is similar to the statutory rule of evidence in the United States set out in Federal Rule 606(b). Rule 606(b), or a modified version thereof, has been adopted in many U.S. states. It provides that:

Upon an inquiry into the validity of a verdict or indictment, a juror may not testify as to any matter or statement occurring during the course of the jury's deliberations or to the effect of anything upon that or any other juror's mind or emotions as influencing the juror to assent to or dissent from the verdict or indictment or concerning the juror's mental processes in connection therewith, except that a juror may testify on the question whether extraneous prejudicial information was improperly brought to the jury's attention or whether any outside influence was improperly brought to bear upon any juror [Emphasis added.]

L'interprétation de la règle de common law qu'ont adoptée les juges de la majorité de la Cour d'appel s'apparente à la règle de preuve américaine prévue à la règle 606(b) des *Federal Rules of Evidence*. Cette règle — ou une version modifiée de celle-ci — a été adoptée par de nombreux États américains. Elle prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Lors d'une enquête au sujet de la validité d'un verdict ou d'une inculpation, un juré ne peut témoigner au sujet de quelque fait — déclaration ou autre événement — survenant au cours des délibérations du jury ou de l'effet de quoi que ce soit sur son esprit ou ses émotions ou sur ceux d'un autre juré qui l'aurait amené à se prononcer pour ou contre le verdict ou l'inculpation ou au sujet de son raisonnement sur ces éléments; toutefois, il peut témoigner à l'égard de la question de savoir si des renseignements externes préjudiciables ont été irrégulièrement portés à l'attention du jury ou si quelque influence externe a irrégulièrement été exercée à l'endroit de tout juré [Je souligne.]

70 The Rule is essentially a rule of exclusion. It renders inadmissible matters internal to the deliberation process, including the effect of anything on

Cette disposition est essentiellement une règle d'exclusion. Elle rend inadmissible des choses internes au processus de délibération, y compris

a juror's mind. Subject to that prohibition, it permits the introduction of evidence of "extraneous prejudicial information" and "outside influence". The Rule, which applies in both civil and criminal cases, appears to have generated considerable litigation in the United States. This may in part be due to the fact that there is no equivalent of s. 649 of the *Criminal Code* to prevent jurors from public disclosure of their deliberations. The revelations that are often made by jurors after the trial, to the parties and to the press, may provide fertile ground for impeachment of the verdict, yet that impeachment is still subject to Rule 606(b). It is also important to remember that there is generally no appeal from acquittal under U.S. law, and that improprieties in jury deliberations leading to an acquittal, even when revealed publicly by the jurors themselves, are no basis for redress.

In light of the above, it is unnecessary to review extensively the American jurisprudence on this point. On its face, the Rule does not render information concerning internal jury deliberations admissible, even where this evidence indicates concerns about the performance of the jury. For example, in *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987), the majority held that evidence that jurors had consumed drugs and alcohol during the course of the trial was not admissible. The approach to admissibility embodied in Rule 606(b) is similar to the approach in Canada, as described by the Court of Appeal, which focuses on whether the evidence relates to information or an influence originating from outside of the jury deliberation process.

The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 27 entitled *The Jury in Criminal Trials* (1980) formulated a different approach to the protection of the secrecy of deliberations. The

l'effet de quoi que ce soit sur l'esprit d'un juré. Sous réserve de cette interdiction, elle permet la production d'éléments de preuve de « renseignements externes préjudiciables » et d'« influence externe ». La règle, qui s'applique autant au civil qu'au pénal, semble avoir donné lieu à beaucoup de litiges aux États-Unis. Cette situation est peut-être due en partie à l'absence d'une disposition équivalente à l'art. 649 de notre *Code criminel* qui interdit aux jurés de rendre publiques leurs délibérations. Les fréquentes révélations que font des jurés aux parties et aux médias après les procès aux États-Unis peuvent constituer une abondante source de contestation des verdicts, mais de telles contestations demeurent subordonnées à l'application de la règle 606(b). Il importe également de se rappeler que, en droit américain, il n'est généralement pas possible d'interjeter appel d'un acquittement et que les irrégularités qui seraient survenues au cours de délibérations du jury aboutissant à un acquittement, même lorsqu'elles sont dénoncées publiquement par les jurés eux-mêmes, ne peuvent fonder une demande de réparation.

Compte tenu de ce qui précède, il est inutile d'examiner de manière approfondie la jurisprudence américaine sur ce point. À première vue, la règle ne rend pas admissibles les renseignements portant sur les délibérations internes du jury, même lorsqu'une telle preuve révèle des inquiétudes au sujet de la façon dont le jury s'est acquitté de sa tâche. Dans l'affaire *Tanner c. United States*, 483 U.S. 107 (1987), par exemple, les juges formant la majorité ont conclu que la preuve indiquant que des jurés avaient consommé de la drogue et de l'alcool pendant le procès n'était pas admissible. L'approche en matière d'admissibilité établie par la règle 606(b) est analogue à l'approche canadienne, telle qu'elle a été décrite par la Cour d'appel, laquelle s'attache à la question de savoir si la preuve porte sur des informations ou influences extérieures au processus de délibération du jury.

Dans son Document de travail 27 intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), la Commission de réforme du droit du Canada a formulé une approche différente en matière de protection du secret

71

72

proposed Recommendation reads as follows (at p. 149):

27.1 The validity of a verdict may not be inquired into except upon an application to the Minister of Justice.

27.2 The Minister of Justice may, upon an application by or on behalf of a person who has been convicted by a jury, order a new trial, if after inquiry he is satisfied that some irregularity or misconduct occurred during the jury deliberations which indicates that the verdict did not reflect the judgment of all jurors.

27.3 Upon an inquiry into the validity of a verdict, a juror may not give evidence concerning the effect of anything upon his or any other juror's mind or emotions as influencing him to assent or to dissent from the verdict or concerning his mental processes in connection therewith. Nor may his affidavit or evidence of any statement by him indicating an effect of this kind be received for these purposes. [Emphasis added.]

This Recommendation was not included in the final report of the Law Reform Commission on the jury: Report 16, *The Jury* (1982). The reasons for its exclusion from the final report are not indicated.

73

The procedural aspect of this Recommendation, dealing with a review by the Minister of Justice, is obviously not before us. I simply turn to the way in which the Commission articulated the ambit of jury secrecy. The Recommendation seeks to maintain the prohibition against probing into the mental processes of jurors, while permitting exposure of irregularities or misconduct, presumably by the jurors or anyone else, that indicate that the verdict does not "reflect the judgment of all jurors". Standing alone, the Commission's Recommendation would not permit review of a verdict which may "reflect the judgment of all jurors", but which may have been tainted by an outside influence or extraneous prejudicial information. In contrast, such extrinsic evidence would be admissible under the American rule and under the common law rule as set out by the Court of Appeal.

des délibérations du jury. La recommandation proposée est ainsi rédigée (à la p. 153) :

27.1 La validité d'un verdict ne peut jamais faire l'objet d'une enquête sauf par requête au ministre de la Justice.

27.2 Le ministre de la Justice peut, à la demande d'une personne reconnue coupable par un jury, ordonner la tenue d'un nouveau procès si, après enquête, il est convaincu qu'il y a eu, au cours des délibérations, une irrégularité ou une inconduite montrant que le verdict n'est pas l'expression du jugement de tous les jurés.

27.3 Au cours d'une enquête sur la validité d'un verdict, un juré ne peut pas faire de déposition sur ce qui a influencé son esprit ou ses sentiments, ou ceux des autres jurés et l'a incité à appuyer le verdict ou à s'en dissocier, ou sur le raisonnement qu'il a suivi pour parvenir au verdict. Un affidavit d'un juré ou une preuve d'une déclaration de sa part indiquant qu'il a subi une influence de ce genre est irrecevable aux fins de cette enquête. [Je souligne.]

Cette recommandation n'a pas été incluse dans le rapport final de la Commission de réforme du droit du Canada sur le jury : Rapport 16, *Le jury* (1982). Les raisons pour lesquelles elle a été écartée ne sont pas indiquées.

L'aspect procédural de cette recommandation, qui pourvoit à la tenue d'une enquête par le ministre de la Justice, n'est évidemment pas une question dont nous sommes saisis. Je vais simplement m'arrêter à la façon dont la Commission a défini le champ d'application du secret des délibérations du jury. La recommandation propose de maintenir l'interdiction d'enquêter sur les raisonnements des jurés, tout en permettant la divulgation des irrégularités ou inconduites — vraisemblablement par les jurés ou par toute autre personne — montrant que le verdict « n'est pas l'expression du jugement de tous les jurés ». À elle seule, la recommandation de la Commission ne permettrait pas l'examen d'un verdict qui pourrait être « l'expression du jugement de tous les jurés », mais serait susceptible d'avoir été vicié par une influence externe ou par des renseignements externes préjudiciables. Par contraste, une telle preuve extrinsèque serait admissible en vertu de la règle américaine et en vertu de la règle de common law telle qu'elle a été énoncée par la Cour d'appel.

The Commission's formulation of the rule of admissibility has appeal because it renders admissible evidence of facts or events, beyond the ones classified as "extrinsic" by the Court of Appeal, that may reveal that the verdict was arrived at improperly, such as by a coin toss or majority vote. However, an exception that renders admissible evidence that the verdict "did not reflect the judgment of all jurors" may also capture circumstances where it is not the collective decision-making process of the jury that is alleged to be improper, such as arriving at the verdict by a coin toss, but rather the possibility that the decision of one or more of the jurors was influenced by something other than the relevant facts and law. For example, an allegation by a juror that he or she suppressed a dissenting view because of undue pressure from the other jurors, or that others arrived at their decisions because of biased and prejudicial opinions, might be admissible under this exception, as it suggests that the verdict may not have been the result of a unanimous decision of all jurors based on the facts and evidence. Such allegations could be interpreted as suggesting that the verdict did not "reflect the judgment of all jurors".

It is not uncommon for jurors to have second thoughts, after the trial is over, as to whether or not they should have delivered the verdict that they did. At that point they may come forward and state that they did not agree with the verdict delivered by the jury, although they expressed their agreement at the time the verdict was delivered. These second thoughts may result from information obtained following the conclusion of the trial, such as exposure to evidence excluded during the course of the trial, or they may arise from a juror's own thought processes. Whatever the origins of these second thoughts, they should fall squarely within the common law rule of jury secrecy and should not be admissible to impeach the verdict.

In my view, the Commission's Recommendation should not form part of the common law rule of exclusion. While it has the advantage of capturing the coin toss and majority verdict cases, which

La règle d'admissibilité formulée par la Commission est attrayante parce qu'elle rend admissible la preuve de faits ou d'événements — outre ceux classés comme « extrinsèques » par la Cour d'appel — pouvant révéler que le verdict a été arrêté de manière irrégulière, par exemple en décidant à pile ou face ou par un vote majoritaire. Toutefois, une exception rendant admissible la preuve que le verdict n'était pas « l'expression du jugement de tous les jurés » peut aussi viser des situations où on reproche non pas l'irrégularité du processus décisionnel collectif du jury, par exemple le fait que le verdict ait été décidé à pile ou face, mais plutôt la possibilité que la décision d'un juré ou de plusieurs d'entre eux ait été influencée par autre chose que les faits et le droit pertinents. Ainsi, l'allégation d'un juré portant qu'il a retiré sa dissidence par suite de pressions indues des autres jurés ou que ceux-ci ont pris leurs décisions en se fondant sur des opinions partiales et préjudiciables pourrait être admissible sous le régime de cette exception, car elle tend à indiquer que le verdict n'est peut-être pas le résultat d'une décision unanime de tous les jurés fondée sur les faits et la preuve. De telles allégations pourraient être interprétées comme une indication que le verdict n'était pas « l'expression du jugement de tous les jurés ».

Il n'est pas rare que, une fois le procès terminé, des jurés se demandent si le verdict qu'ils ont rendu était le bon. Ils peuvent alors venir dire qu'ils n'étaient pas d'accord avec le verdict du jury, bien qu'ils y aient acquiescé lorsqu'il a été rendu. Ces doutes peuvent être provoqués par des renseignements obtenus après le procès, par exemple des éléments de preuve écartés au cours du procès, ou encore être le fruit du propre raisonnement du juré. Quelle que soit la source de ces doutes, ils tombent nettement dans le champ d'application de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et ne devraient pas être admissibles aux fins de contestation du verdict.

À mon avis, la recommandation de la Commission ne devrait pas faire partie de la règle d'exclusion de common law. Bien qu'elle offre l'avantage de s'appliquer aux verdicts décidés à pile ou face

74

75

76

arise rarely but raise serious concerns about the integrity of the verdict, it would unduly complicate the existing rule and would result in greater uncertainty as to when it is appropriate to inquire into the secrecy of jury deliberations. I conclude therefore that the Commission's Recommendation should not be integrated into the common law rule of jury secrecy, whether in place of the extrinsic evidence exception contained in the common law rule as set out below, or in addition to the common law rule.

ou par un vote majoritaire, affaires plutôt rares mais qui soulèvent néanmoins de sérieuses inquiétudes quant à l'intégrité du verdict, elle compliquerait de manière excessive la règle existante et créerait davantage d'incertitude quant aux cas où il faut lever, dans le cadre d'une enquête, le secret des délibérations du jury. Par conséquent, je conclus que la recommandation de la Commission ne devrait pas être intégrée dans la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, que ce soit en la substituant à l'exception relative à la preuve extrinsèque comprise dans la règle de common law décrite plus loin, ou en l'ajoutant à cette règle.

77 In light of the above, in my view a proper interpretation of the modern version of Lord Mansfield's rule is as follows: statements made, opinions expressed, arguments advanced and votes cast by members of a jury in the course of their deliberations are inadmissible in any legal proceedings. In particular, jurors may not testify about the effect of anything on their or other jurors' minds, emotions or ultimate decision. On the other hand, the common law rule does not render inadmissible evidence of facts, statements or events extrinsic to the deliberation process, whether originating from a juror or from a third party, that may have tainted the verdict.

Compte tenu de ce qui précède, voici, à mon avis, l'interprétation qu'il convient de donner à la version moderne de la règle de lord Mansfield : les déclarations, opinions, arguments et votes des membres d'un jury dans le cours de leurs délibérations sont inadmissibles dans toute instance judiciaire. Plus particulièrement, un juré ne peut témoigner sur l'effet qu'a eu quoi que ce soit sur son esprit, ses sentiments ou sa décision finale, ou sur l'esprit, les sentiments ou la décision finale des autres jurés. Par ailleurs, la règle de common law ne rend pas inadmissible la preuve de faits, déclarations ou événements extérieurs au processus de délibération et susceptibles d'avoir vicié le verdict, que cette preuve émane d'un juré ou d'un tiers.

78 This modern formulation of the rule, which reflects the approach of the majority of the Court of Appeal, best ensures that the sanctity of the jury's deliberations is preserved by promoting in equal measure the secrecy and confidentiality indispensable to the deliberation process and the exposure of serious matters casting doubt on the integrity of the verdict.

Cette formulation moderne de la règle, qui reflète l'approche retenue par les juges de la majorité de la Cour d'appel, est celle qui protège le mieux le caractère sacré des délibérations du jury en favorisant dans une égale mesure le secret et la confidentialité indispensables au processus de délibération d'une part, et la divulgation de choses sérieuses soulevant des doutes sur l'intégrité du verdict d'autre part.

D. *Does the Common Law Rule Infringe the Charter?*

D. *La règle de common law contrevient-elle à la Charte?*

79 The appellants submit that the common law rule of jury secrecy infringes their rights under ss. 7, 11(d) and 11(f) of the *Charter*. In my view, it is unnecessary in the present case to address the appellants' arguments concerning ss. 11(d) and

Les appelants font valoir que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury porte atteinte aux droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*. À mon avis, il n'y a pas lieu en l'espèce d'examiner les

11(f) of the *Charter*. I agree with the Court of Appeal that the alleged *Charter* violations in the present appeals are more properly dealt with under s. 7 of the *Charter* and that nothing would be gained by also analysing the alleged violations under ss. 11(d) or 11(f). I will therefore confine my analysis to whether the common law rule and s. 649 of the *Criminal Code* are consistent with the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*.

The starting point of the appellants' arguments concerning jury secrecy is that the secrecy of jury deliberations is a problem from the accused's perspective, and that allowing accused persons to access evidence of jurors concerning the deliberation process would provide greater assurance of fairness to the accused. In some circumstances, this may no doubt be true. It is important to emphasize, however, that modifying the common law rule in the manner suggested by the appellants would not necessarily benefit accused persons in all cases. If jurors know that the views they express in the jury room may eventually come to light, they may be less inclined to argue for a verdict that may be perceived as unpopular. For example, a juror who has serious concerns about the foundations of a conviction might rapidly accede to the majority viewpoint of convicting an accused charged with a horrible crime rather than attempt to argue for, or even explore out loud, the arguments favouring an acquittal, fearful of possible negative public exposure.

The common law rule of jury secrecy, in combination with s. 649 of the *Code*, helps to ensure that jurors feel comfortable freely expressing their views in the jury room and that jurors who hold minority viewpoints do not feel pressured to retreat from their opinions because of possible negative repercussions associated with the disclosure of their positions. It is of course also possible

arguments des appelants au sujet des al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, d'une part, c'est au regard de l'art. 7 de la *Charte* qu'il convient d'examiner les atteintes à la *Charte* reprochées dans les présents pourvois, et, d'autre part, il n'y a aucun avantage à analyser également les atteintes aux al. 11d) et 11f) de la *Charte* qu'on reproche. Je vais en conséquence limiter mon analyse à la question de savoir si la règle de common law et l'art. 649 du *Code criminel* respectent les principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7 de la *Charte*.

L'argumentation des appelants sur le secret des délibérations du jury part des prémisses que le secret des délibérations est un problème pour l'accusé et que le fait de donner aux inculpés accès à la preuve émanant des jurés relativement à leurs délibérations assurerait aux premiers une plus grande garantie d'équité. Il ne fait aucun doute que cela pourrait être le cas dans certaines circonstances. Toutefois, il importe de souligner que le fait de modifier la règle de common law comme le proposent les appelants ne profiterait pas nécessairement dans tous les cas à l'accusé. Si les jurés savent que les opinions qu'ils expriment dans la salle des jurés risquent éventuellement d'être révélées, ils pourraient être moins enclins à préconiser un verdict susceptible d'être jugé impopulaire. Par exemple, un juré qui aurait de sérieuses réserves quant aux assises d'une déclaration de culpabilité pourrait se rallier rapidement au point de vue de la majorité et déclarer coupable une personne inculpée d'un crime horrible plutôt que de tenter de préconiser l'acquittement ou même simplement d'exprimer à voix haute les arguments en faveur de cette décision, par crainte d'une possible réaction négative du public.

Conjuguée à l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury permet de faire en sorte que les jurés se sentent à l'aise d'exprimer librement leurs points de vue dans la salle des jurés et que ceux d'entre eux qui ont des opinions minoritaires ne se sentent pas contraints d'y renoncer en raison des répercussions négatives que pourrait entraîner leur expression.

that evidence of juror improprieties, misconduct or error, if admissible, would serve to undermine the validity of an acquittal, rather than a conviction, and could cast a permanent shadow over that acquittal even if it were not overturned on appeal.

Évidemment, il est également possible que la preuve de quelque irrégularité, conduite fautive ou erreur des jurés, si cette preuve est admissible, ait pour effet de miner la validité d'un acquittement plutôt que d'une déclaration de culpabilité et jette un doute permanent sur cet acquittement s'il n'est pas annulé en appel.

82 In addition, it is not at all clear that evidence given by jurors after the verdict concerning the substance of their deliberations would be a good indication of what actually occurred in the jury room. As the majority of the Court of Appeal notes, at para. 148:

It is also questionable how reliable a post-verdict reconstruction of a jury's understanding of the evidence and the law would be. Memories are likely to fade. Individual jurors could be subject to pressure from litigants who want to influence the process. Further, some jurors, for any number of reasons, may want to revisit their decision and hence, unwittingly or not, could tailor their recollection accordingly.

En outre, il n'est pas du tout certain que les dépositions des jurés après le verdict au sujet de la teneur de leurs délibérations donneraient une bonne indication de ce qui s'est réellement passé dans la salle des jurés. Comme l'ont souligné les juges formant la majorité de la Cour d'appel, au par. 148 :

[TRADUCTION] On peut aussi s'interroger sur le degré de fiabilité qu'aurait une reconstitution, après le verdict, de la compréhension qu'avait le jury de la preuve et du droit pertinents. Les souvenirs risquent de s'estomper. Les jurés pourraient, individuellement, faire l'objet de pressions par des plaideurs cherchant à influencer le processus. De plus, certains jurés pourraient, pour mille et une raisons, vouloir changer leur décision et, de ce fait, inconsciemment ou non, adapter leurs souvenirs en conséquence.

This is particularly true if jurors are made aware, after the verdict, of the existence of properly excluded evidence which may lead them to reassess the facts in a different light.

Cela pourrait se produire de façon plus particulière dans les cas où des jurés apprennent, après le verdict, l'existence d'éléments de preuve qui, bien qu'ayant à juste titre été écartés, pourraient amener ces jurés à réévaluer les faits sous un éclairage différent.

83 In my view, erosions of the guarantees of jury secrecy beyond the existing boundaries would also result in the eventual erosion of the integrity of the jury as decision maker in criminal cases. The constitutional entrenchment of the right to trial by jury under s. 11(f) of the *Charter* means that jury trials will continue to be an important component of our criminal justice system. The secrecy of the deliberation process, both during and after the conclusion of the trial, is a vital and necessary component of the jury system. Given that the right to a trial by jury is guaranteed by the *Charter*, it is not open to us to adopt an approach that would threaten the jury's ability to carry out its role fairly and diligently. The principles of fundamental justice require that the integrity of the jury be preserved,

À mon avis, l'érosion des mesures garantissant le secret des délibérations du jury en-deçà des limites actuelles se traduirait en bout de ligne par l'érosion de l'intégrité de l'institution du jury comme décideur dans les affaires pénales. La constitutionnalisation du droit à un procès devant jury à l'al. 11f) de la *Charte* signifie que les procès devant jury continueront d'être un élément important de notre système de justice pénale. Le secret du processus de délibération — tant pendant le procès qu'après celui-ci — constitue un aspect vital et nécessaire de l'institution du jury. Comme le droit à un procès devant jury est garanti par la *Charte*, il ne nous est pas loisible d'adopter une approche susceptible de compromettre la capacité du jury de s'acquitter de son rôle de façon équi-

and, in my opinion, it is best preserved by the common law rule as interpreted above.

table et diligente. Les principes de justice fondamentale exigent la protection de l'intégrité du jury et, à mon avis, c'est la règle de common law, telle qu'elle a été interprétée plus haut, qui assure le mieux cette protection.

E. *Does Section 649 of the Criminal Code Infringe the Charter?*

E. *L'article 649 du Code criminel contrevient-il à la Charte?*

The appellants submit that s. 649 of the *Criminal Code* violates their rights under ss. 7, 11(d), and 11(f) of the *Charter*. Section 649 of the *Code* makes it an offence for a juror to disclose "any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom", except where that information was subsequently disclosed in open court or is disclosed for the purposes of an investigation or criminal proceedings in relation to an offence of obstructing justice under s. 139(2) of the *Code*.

Les appelants prétendent que l'art. 649 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Aux termes de l'art. 649 du *Code*, le fait qu'un juré divulgue « tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience » constitue une infraction, sauf si ces renseignements ont par la suite été divulgués en plein tribunal ou dans le cadre d'une enquête ou de poursuites pénales relativement à l'infraction d'entrave à la justice prévue au par. 139(2) du *Code*.

84

In the appellants' submissions, s. 649 is unconstitutional because it precludes an accused person from gathering the "evidentiary bricks", as this Court used that term in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, which are necessary to demonstrate that improprieties occurred during the jury's deliberations that call into question the validity of the verdict. The majority of the Court of Appeal held that the term "proceedings of the jury" in s. 649 of the *Code* refers to the deliberation process as defined at common law, namely "statements made, opinions expressed, arguments advanced, or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings" (para. 140). Under this interpretation, the type of information that jurors are prohibited from disclosing under s. 649 is the same type of evidence that the common law renders inadmissible. I agree with the majority of the Court of Appeal that s. 649 prohibits the disclosure of information which lies at the core of jury secrecy to which the common law rule of exclusion applies.

Dans leurs observations, les appelants prétendent que l'art. 649 est inconstitutionnel parce qu'il empêche l'accusé de recueillir les « éléments de preuve nécessaires », au sens de l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, pour démontrer qu'il s'est produit, au cours des délibérations du jury, des irrégularités mettant en doute la validité du verdict. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu que l'expression « délibérations du jury » à l'art. 649 du *Code* s'entend du processus de délibération tel qu'il est défini en common law, à savoir les [TRADUCTION] « déclarations, opinions, arguments ou votes des membres d'un jury au cours de leurs délibérations dans toute instance judiciaire » (par. 140). Suivant cette interprétation, le type de renseignements que l'art. 649 interdit aux jurés de communiquer est le même type d'éléments de preuve que la common law rend inadmissibles. Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle l'art. 649 interdit la divulgation de renseignements qui touchent au cœur du secret des délibérations du jury et auxquels s'applique la règle d'exclusion prévue par la common law.

85

86 The majority of the Court of Appeal concluded, in my view correctly, that the constitutionality of s. 649 is only engaged if, and to the extent that, s. 649 prevents the appellants from gathering evidence that would otherwise be admissible in legal proceedings. I concluded above that, properly interpreted, the common law rule of exclusion is constitutionally sound. That rule would have precluded the admission of the proposed fresh evidence in both the *Pan* and *Sawyer* appeals. As a result, it is not necessary to address the constitutionality of s. 649 for the purposes of the present appeals. Since the evidentiary bricks that Pan and Sawyer seek to gather would at any rate be inadmissible, it cannot be said that they have been prejudiced by being denied access to inadmissible evidence.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu, à bon droit selon moi, que la constitutionnalité de l'art. 649 n'est en cause que dans la mesure où cette disposition empêche les appelants de recueillir des éléments de preuve qui seraient par ailleurs admissibles dans des procédures judiciaires. J'ai conclu précédemment que, suivant l'interprétation qu'il convient de lui donner, la règle d'exclusion prévue par la common law est constitutionnelle. Cette règle aurait empêché l'admission des éléments de preuve nouveaux qu'on désirait présenter, tant dans le pourvoi *Pan* que dans le pourvoi *Sawyer*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la constitutionnalité de l'art. 649 dans le cadre des présents pourvois. Puisque les éléments de preuve nécessaires que Pan et Sawyer veulent recueillir seraient de toute façon inadmissibles, il est impossible d'affirmer qu'ils ont subi un préjudice du fait qu'on leur a refusé l'accès à des éléments de preuve inadmissibles.

87 Nevertheless, I think that it is helpful to discuss the relationship between s. 649 and the common law rule. Finlayson J.A. undertook a thorough and helpful review of the legislative history of the *Code* provision. Although that history suggests that its enactment was prompted by concerns about juror disclosures to the media, rather than by a desire to codify the common law rule, it does not follow, in my view, that there is no connection between the common law rule of exclusion and s. 649 of the *Code*. Rather, the two must, if possible, be reconciled in a coherent fashion and in accordance with the requirements of the *Charter*.

Néanmoins j'estime qu'il est utile d'examiner la corrélation entre l'art. 649 et la règle de common law. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a fait une analyse approfondie et utile de l'historique législatif de cette disposition du *Code*. Bien que cet historique tende à indiquer que l'adoption de cette disposition était motivée par des inquiétudes liées aux révélations que les jurés pourraient faire aux médias plutôt que par le désir de codifier la règle de common law, il ne s'ensuit pas nécessairement, selon moi, qu'il n'y a aucun lien entre l'art. 649 du *Code* et la règle d'exclusion prévue par la common law. Au contraire, la règle et l'article doivent, si possible, être conciliés de façon cohérente et en conformité avec les exigences de la *Charte*.

88 In my view, the majority of the Court of Appeal interpreted the statutory provision correctly and in a manner consistent with *Charter* requirements by concluding that the phrase "proceedings of the jury" in s. 649 of the *Code* does not apply to a broader range of circumstances than is covered by the common law rule. Whatever the impetus for the enactment of s. 649 of the *Code*, it meets the

Je suis d'avis que les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont interprété la disposition législative d'une manière juste et conforme aux exigences de la *Charte* en concluant que l'expression « délibérations du jury » à l'art. 649 du *Code* ne s'applique pas à un éventail plus large de circonstances que celles visées par la règle de common law. Quelle qu'ait été la motivation à l'ori-

requirements of s. 7 of the *Charter* in that it does not prevent a juror from revealing any information that would be admissible in proceedings to impeach the jury's verdict. At the same time, it reinforces the importance of jury secrecy, within the proper ambit of the modern common law rule.

The common law rule of jury secrecy, in combination with the mirror prohibition on disclosure under s. 649 of the *Code*, serves to further the policy goals of promoting free and frank debate among jurors, protecting jurors from harassment, and preserving public confidence in the administration of justice. The role of each juror in respecting the confidentiality of the deliberation process serves to maintain public confidence in the criminal justice system. This was expressed as far back as 1922, in *R. v. Armstrong*, [1922] All E.R. 153 (C.A.), at p. 157, where Lord Hewart C.J. said:

If one juryman might communicate with the public upon the evidence and the verdict, so might his colleagues also, and if they all took this dangerous course, differences of individual opinion might be made manifest which, at the least, could not fail to diminish the confidence that the public rightly has in the general propriety of criminal verdicts.

While the common law rule and s. 649 seek to prevent disclosure by different means, and arguably for different reasons, they both aim to preserve the confidentiality of the core of jury deliberations. Thus, while it is not strictly necessary to dispose of the constitutionality of s. 649 in the context of this appeal, even in the limited context of s. 7 of the *Charter*, I find it consistent with the common law rule which itself meets the constitutional requirements of fairness embodied in s. 7.

gine de l'adoption de l'art. 649 du *Code*, cette disposition satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'elle n'empêche pas un juré de divulguer tout renseignement qui serait admissible dans une procédure contestant le verdict du jury. Elle a également pour effet de renforcer l'importance du secret des délibérations du jury, dans les limites appropriées du champ d'application de la règle de common law moderne.

Conjuguée à l'interdiction parallèle de divulgation prévue par l'art. 649 du *Code*, la règle de common law sur le secret des délibérations du jury tend à la réalisation des objectifs d'intérêt général que sont l'encouragement de débats francs et ouverts au sein du jury, la protection des jurés contre le harcèlement et le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. Le rôle de chaque juré dans le respect de la confidentialité du processus de délibération contribue au maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale. C'est ce qu'exprimait déjà, en 1922, dans l'arrêt *R. c. Armstrong*, [1922] All E.R. 153 (C.A.), p. 157, le lord juge en chef Hewart :

[TRADUCTION] Si un juré pouvait communiquer avec le public au sujet de la preuve et du verdict, ses collègues pourraient en faire autant, et s'ils empruntaient tous cette voie dangereuse, des divergences d'opinions pourraient éclater au grand jour, situation qui, à tout le moins, ne manquerait pas de miner la confiance que le public a à juste titre dans la justesse générale des verdicts en matière criminelle.

Quoique la règle de common law et l'art. 649 tendent à empêcher la divulgation d'information par des moyens différents et, peut-on prétendre, pour des raisons différentes, ils visent tous deux à préserver la confidentialité des choses qui touchent au cœur des délibérations du jury. Par conséquent, quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 649 dans le présent pourvoi, même dans le contexte limité de l'art. 7 de la *Charte*, je conclus à la compatibilité de cette disposition avec la règle de common law, laquelle satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d'équité consacrées à l'art. 7.

89

90

F. *Jury Secrecy in Context*1. Safeguards in the Jury System

91 The rules governing the secrecy of jury deliberations do not operate in a vacuum, but in the larger context of the many other safeguards that exist to ensure the integrity and the reliability of verdicts in jury trials. Some of these safeguards operate during the course of the trial, while others offer assurances of fairness in circumstances where the verdict has already been delivered.

92 The majority of the Court of Appeal surveyed many of the features of the criminal trial process that ensure the fairness of the jury system, including: the availability of peremptory challenges and challenges for cause, the requirement of the juror's oath, the judicial exclusion of prejudicial evidence, judicial instructions to the jury, the sequestration of jurors during deliberations, the non-publication of proceedings taking place in the absence of the jury, the requirement of unanimity, and the polling of individual jurors after the verdict is read. In my view, several of these safeguards warrant emphasis in the context of the present appeals.

93 The greatest safeguard against a perverse jury rests in s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, which allows the court to set aside a verdict that is unreasonable or that cannot be supported by the evidence: *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16, and *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17. Another important safeguard against a perverse verdict is s. 649(a) of the *Criminal Code*, which allows jurors to disclose what occurred in the jury room in response to an investigation for obstruction of justice under s. 139(2) of the *Code*.

F. *Analyse contextuelle du secret des délibérations du jury*1. Les garanties assortissant l'institution du jury

Les règles régissant le secret des délibérations du jury ne s'appliquent pas dans l'abstrait, mais dans le contexte plus large des nombreuses autres garanties qui existent afin d'assurer l'intégrité et la fiabilité des verdicts rendus dans les procès devant jury. Quelques-unes de ces garanties s'appliquent pendant le procès tandis que d'autres assurent le respect de l'équité dans des situations postérieures au prononcé du verdict.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont examiné bon nombre des éléments du processus judiciaire pénal qui assurent l'équité de l'institution du jury, notamment les aspects suivants : la possibilité de recourir aux procédures de récusation péremptoire et de récusation motivée, l'obligation faite aux jurés de prêter serment, l'exclusion par les tribunaux des éléments de preuve préjudiciables, les directives des juges au jury, l'isolement du jury pendant les délibérations, les interdictions de publication frappant les procédures se déroulant en l'absence du jury, la règle de l'unanimité et la pratique consistant à demander à chaque juré, après la lecture du verdict, quelle était sa décision. À mon avis, il convient de s'arrêter sur plusieurs de ces garanties dans le cadre des présents pourvois.

La plus importante garantie contre un jury inique est prévue au sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, lequel habilite le tribunal à rejeter un verdict qui est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve : *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16, et *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17. Une autre garantie importante contre un verdict inique est l'al. 649a) du *Code criminel*, qui autorise les jurés à divulguer ce qui s'est produit dans la salle des jurés dans le cadre d'une enquête en matière d'entrave à la justice menée en vertu du par. 139(2) du *Code*.

With particular reference to the *Sawyer* appeal, it is worth emphasizing two other safeguards against an improper verdict: challenges for cause and the power to discharge jurors in the course of the trial pursuant to s. 644(1) of the *Criminal Code*. Together, ss. 638(1)(b) and 644(1) of the *Criminal Code* permit a court to address concerns about bias that may arise before or during the course of a jury trial. Thus, it is only at the post-verdict stage that there is a restriction on the ability to probe into allegations of bias by virtue of the operation of the common law rule of exclusion.

As discussed by this Court in *Sherratt, supra*, and *Williams, supra*, a trial judge should permit challenges for cause under s. 638(1)(b) where there is a “realistic potential” of the existence of partiality on the part of jurors. In order to establish a realistic potential of juror partiality, the accused must generally show that there is widespread bias in the community and that some jurors may be incapable of setting aside their partiality despite trial safeguards: *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 32.

With respect to s. 644 of the *Criminal Code*, when it comes to the attention of the trial judge that a juror has been subject to improper external influences or is unable or unwilling to properly fulfil his or her role as a juror, the judge may hold a hearing to ascertain the nature of the problem, if any, and has the discretion to discharge the juror where the circumstances so warrant: *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (Man. C.A.); *R. v. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.); *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.). Lack of impartiality, whether due to racial bias or another cause, could, in a proper case, justify the discharge of a juror under s. 644.

There are limits to the availability of challenges for cause and other pre-trial safeguards, just as there are limits to the availability of post-trial rem-

Dans le cas particulièrement du pourvoi *Sawyer*, il y a lieu de souligner deux autres garanties contre un verdict injuste : les procédures de récusation motivée et le pouvoir du juge de libérer des jurés au cours du procès conformément au par. 644(1) du *Code criminel*. Ensemble, l'al. 638(1)(b) et le par. 644(1) du *Code criminel* permettent au tribunal d'examiner les craintes de partialité qui naissent avant ou pendant un procès devant jury. Ce n'est donc qu'après le prononcé du verdict que la capacité d'enquêter sur des allégations de partialité est restreinte sous l'effet de l'application de la règle d'exclusion prévue par la common law.

Comme l'a précisé notre Cour dans les arrêts *Sherratt*, précité, et *Williams*, précité, le juge du procès doit autoriser le recours à la procédure de récusation motivée pour le motif prévu à l'al. 638(1)(b) lorsqu'il y a « possibilité réaliste » de partialité de la part des jurés. Pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés, l'accusé doit généralement prouver qu'il existe un préjugé largement répandu au sein de la collectivité et que certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de leur partialité : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 32.

Relativement à l'art. 644 du *Code criminel*, lorsque le juge du procès apprend qu'un juré a été soumis à des influences externes inacceptables ou encore qu'il est incapable de s'acquitter adéquatement de son rôle de juré ou non disposé à le faire, le juge peut tenir une audience pour déterminer la nature du problème, le cas échéant, et il a le pouvoir discrétionnaire de libérer le juré lorsque les circonstances le justifient : *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.); *R. c. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.); *R. c. Lessard* (1992), 14 C.R. (4th) 330 (C.A. Qué.). L'absence d'impartialité pour cause de préjugés raciaux ou pour un autre motif pourrait, dans des circonstances appropriées, justifier la récusation d'un juré en application de l'art. 644.

Il y a des limites à la possibilité de recourir à la procédure de récusation motivée et d'invoquer d'autres garanties préalables au procès, tout

94

95

96

97

edies. Likewise, there are limits to the use of s. 644 of the *Code* as a mechanism for discharging jurors in the course of the trial. Section 644 only permits jurors to be discharged in the course of the trial where a serious issue arises as to their fitness as a juror. It is not designed to encourage jurors to bring trivial complaints about their fellow jurors to the attention of the trial judge in the course of the trial, nor does it contemplate the discharge of jurors over minor concerns. Trial judges can be left to decide how best to instruct the jury on these issues. Ideally, trial judges should satisfy themselves that jurors understand that their decision is an exercise in personal conscience and judgment and that they are entitled to respect from the criminal justice system for the *bona fide* exercise of their judgment. In instructing the jury on the requirement of unanimity, judges often emphasize that jurors have an obligation to be attentive to and respectful of the opinions of their fellow jurors, and that they should maintain the integrity of their own opinions while yielding when appropriate to the collective wisdom emanating from the deliberation process. Jurors should understand that the trial judge is there to assist them with any serious difficulty that may arise in the course of their deliberations that they are unable to resolve.

comme il y a des limites à la possibilité d'exercer des recours postérieurs au procès. Il y a également des limites à la possibilité de recourir à l'art. 644 du *Code* comme mécanisme de libération des jurés au cours d'un procès. Cet article ne permet la libération d'un juré au cours du procès que dans les cas où surgit un problème sérieux quant à son aptitude à agir comme juré. Il n'a pas pour objet d'encourager les jurés à se plaindre au juge de faits anodins au sujet de leurs collègues au cours du procès, pas plus qu'il ne prévoit la libération de jurés pour des problèmes mineurs. Il appartient au juge du procès de décider de la meilleure façon d'instruire le jury de ces questions. Idéalement, le juge du procès devrait s'assurer que les jurés comprennent que, pour prendre leur décision, ils doivent s'en remettre à leur conscience et à leur jugement personnels et qu'ils ont le droit d'être traités avec déférence par le système de justice pénale lorsqu'ils exercent de bonne foi leur jugement. Dans leur exposé sur l'obligation d'unanimité, les juges soulignent souvent aux jurés qu'ils sont tenus de se montrer attentifs et respectueux à l'égard des opinions des autres jurés, et qu'ils doivent défendre leurs propres opinions tout en se montrant prêts à céder, lorsqu'il convient de le faire, devant la sagesse collective qui se dégage du processus de délibération. Les jurés doivent également comprendre que le juge du procès est là pour leur venir en aide s'ils éprouvent, au cours de leurs délibérations, quelque difficulté sérieuse qu'ils sont incapables de résoudre.

98

The interaction between the judge and the jury is a most important safeguard of the integrity of the jury system. The judge's instructions provide a vital prophylactic measure against jury misconduct and wrongful verdicts. The need for the trial judge to provide clear instructions to the jury, not just about the applicable legal principles, but also about the procedural aspects of the jury trial, is illustrated by the circumstances that arose in the *Sawyer* appeal as well as in the *Zacharias* case, *supra*. As discussed above, the inquiry held in the *Zacharias* case revealed that the jury was under a misconception about how long they would remain sequestered before a mistrial could be declared on the basis of a hung jury. Similarly, in the *Sawyer*

L'interaction entre le juge et les jurés est la plus importante garantie d'intégrité de l'institution du jury. Les directives du juge au jury constituent une mesure préventive vitale contre les conduites fautives du jury et les verdicts iniques. La nécessité que le juge du procès donne des directives claires au jury, et ce non seulement sur les principes juridiques applicables mais aussi sur les aspects procéduraux des procès devant jury, ressort bien des situations survenues dans le pourvoi *Sawyer* et dans l'affaire *Zacharias*, précitée. Comme il a été indiqué plus tôt, l'enquête menée dans l'affaire *Zacharias* a révélé que les jurés se faisaient une idée erronée de la période pendant laquelle ils devraient rester isolés avant que le procès puisse

action, the juror who contacted Sawyer alleged that she was under undue pressure to convict because she was told that the jury would have to be sequestered for at least three weeks before a hung jury could be declared. In my view, regardless of whether there is any substance to the allegations made by the juror in *Sawyer*, the similarities between jurors' misconceptions in *Zacharias* and in *Sawyer* illustrate the desirability of clear and explicit explanations by the trial judge about the mechanics of the deliberation process.

The requirement of a unanimous verdict is a central feature of our jury system. The first recorded case where unanimity was required was in 1367, when an English court refused to accept a majority verdict of guilty: Anonymous Case, *Lib. Assisarum*, 41, 11, translated and reprinted in R. Pound, *Readings on the History and System of the Common Law* (2nd ed. 1913), at pp. 123-24. Although the historical reasons for the unanimity rule are not clear, it remains a strong protection against wrongful, perverse verdicts: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *supra*, at p. 19. As noted by the majority of the Court of Appeal in the *Pan* appeal, the strength of the jury's verdict "lies not in the assessment of the evidence by each individual juror or in each juror's vote but, rather, in its unanimity" (para. 142). This being said, I acknowledge and agree with the concern raised in *Williams*, *supra*, at para. 11, that there is a risk that the views of a biased juror may infect the jury's deliberations and create a risk that the verdict is not solely based on the evidence and law. Clearly, the requirement of unanimity is not a complete remedy for jury partiality or juror misconduct. Nevertheless, the possibility of a biased juror having a decisive effect upon the verdict is reduced in a legal system such as ours that imposes unanimity, as opposed to a system that permits majority verdicts. Undesirable as this result may be, a mistrial resulting from a jury's inability to reach a unanimous verdict provides an additional

être annulé pour cause de désaccord du jury. De même, dans l'affaire *Sawyer*, la jurée qui a communiqué avec Sawyer a prétendu avoir subi des pressions indues pour qu'elle se prononce en faveur de la déclaration de culpabilité parce qu'on lui avait dit que le jury devrait rester isolé pendant au moins trois semaines avant que le tribunal puisse conclure au désaccord du jury. À mon avis, que les allégations faites par la jurée dans *Sawyer* soient fondées ou non, la similitude entre les idées erronées des jurés dans les affaires *Zacharias* et *Sawyer* illustrent bien l'utilité d'explications claires et explicites du juge du procès sur le fonctionnement du processus de délibération.

L'obligation d'unanimité du verdict est un élément central de notre institution du jury. La première affaire connue dans laquelle l'unanimité a été requise remonte à 1367, lorsqu'un tribunal anglais a refusé d'accepter un verdict de culpabilité rendu à la majorité : Anonymus Case, *Lib. Assisarum*, 41, 11 (1367), traduit et réimprimé dans R. Pound, *Readings on the History and System of the Common Law* (2^e éd. 1913), p. 123-124. Bien que les assises historiques de la règle de l'unanimité ne soient pas claires, celle-ci demeure une protection efficace contre les verdicts injustes et iniques : Document de travail 27 de la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 19. Comme l'ont souligné les juges formant la majorité de la Cour d'appel dans le pourvoi *Pan*, la valeur du verdict du jury [TRADUCTION] « repose non pas sur l'appréciation de la preuve par chaque juré ni sur le vote de chacun d'eux, mais plutôt sur son caractère unanime » (par. 142). Cela dit, je reconnais et accepte l'inquiétude soulevée dans l'arrêt *Williams*, précité, par. 11, selon laquelle il existe un danger que les opinions d'un juré partial vicient les délibérations du jury et créent le risque que le verdict ne soit pas fondé uniquement sur la preuve et le droit. Manifestement, l'obligation d'unanimité n'est pas la solution complète aux risques de partialité du jury ou de conduite fautive d'un juré. Néanmoins, la possibilité qu'un juré partial ait un effet décisif sur le verdict est réduite dans un système juridique comme le nôtre, qui impose l'unanimité, par opposition à un système qui permet les verdicts majoritaires. Aussi indési-

safeguard against a result driven by bias and prejudice.

2. Jury Research in Canada

100

As noted by McLachlin C.J. in *Find, supra*, trial by jury is a cornerstone of our criminal justice system and Canadian jurors, since our country's earliest days, have met the challenge of judging their peers fairly and impartially. Nevertheless, some cases do raise concerns that incorrect judicial instructions, jurors' disregard of the evidence or other factors may have improperly affected the verdict. The jury secrecy rules, and more particularly the narrow scope of access to jurors provided for in s. 649 of the *Criminal Code*, have prevented the scientific community from conducting empirical research indigenous to the Canadian judicial environment. Researchers cannot carry out studies involving real Canadian juries to gain more insight into the mechanics of the jury process and the effect of judicial instructions upon the deliberations and verdict of the jury. Instead, we are made to rely upon extrapolations from American studies and from simulated exercises to test the assumptions upon which many of our rules develop.

101

In its 1982 *Report on the Jury, supra*, the Law Reform Commission of Canada recommended that an exception be introduced into s. 649 of the *Code* to permit access to jury deliberations for the purpose of scientific research. Although the idea received some support, it was not acted upon. The desirability of permitting social science research involving real juries to take place has also been expressed more recently by academic commentators: see P. Quinlan, "Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High?" (1993), 22 C.R. (4th) 127; S. R. Chopra and J. R. P. Ogloff, "Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic

vable que puisse être ce résultat, l'annulation d'un procès par suite de l'incapacité du jury à rendre un verdict unanime constitue une garantie supplémentaire contre un verdict inspiré par la partialité et les préjugés.

2. Les recherches sur le jury au Canada

Comme l'a souligné le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Find, précité*, le procès devant jury constitue une des pierres d'assises de notre système de justice pénale et, depuis les tout débuts de notre pays, les jurés canadiens ont su s'acquitter de la tâche de juger leurs pairs équitablement et impartialement. Néanmoins, il arrive que, dans certaines affaires, naissent effectivement des inquiétudes que soit des directives erronées au jury, soit l'indifférence des jurés à l'égard de la preuve ou encore d'autres facteurs puissent avoir influencé indûment le verdict. Les règles sur le secret des délibérations du jury et plus particulièrement l'accès restreint aux jurés que permet l'art. 649 du *Code criminel* ont empêché la communauté scientifique de mener des recherches empiriques propres à l'environnement judiciaire canadien. Les chercheurs ne sont pas en mesure de s'adresser à de vrais jurys canadiens et de réaliser des travaux qui apporteraient une connaissance plus intime du fonctionnement des jurys et de l'effet des directives des juges sur les délibérations des jurys et sur leur verdicts. Nous devons plutôt nous contenter d'extrapolations, fondées sur des études américaines et des simulations, pour vérifier les hypothèses à partir desquelles sont élaborées nombre de nos règles.

Dans son *Rapport sur le jury, op. cit.*, publié en 1982, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'édiction d'une exception à l'art. 649 du *Code* afin de permettre l'accès à l'information relative aux délibérations du jury dans le cadre de recherches scientifiques. Bien que cette idée ait reçu certains appuis, on n'y a pas donné suite. L'intérêt qu'il y aurait à permettre la réalisation de travaux de recherche en sciences sociales auprès de vrais jurys a aussi été souligné plus récemment par des commentateurs : voir P. Quinlan, « Secrecy of Jury Deliberations — Is the Cost Too High? » (1993), 22 C.R. (4th) 127; S. R. Cho-

Research and Juror Stress” (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.

The jury secrecy rules, which are essential to the proper functioning of the jury as an institution, come at a price. Not only is it impossible to ascertain whether a particular jury has acted in accordance with its oath and the requirements of the law, but we cannot measure in any meaningful way whether the procedures that we have in place to ensure that it does function properly are effective.

Every year, several jury verdicts are reversed and expensive new trials are ordered because of the risk of a serious error in the deliberative process. We assume that errors in the admissibility of evidence, improper comments by counsel or, more commonly, misdirections on the law by the trial judge may have misguided the jury and may have had an adverse impact on its verdict. When that concern emerges, we then speculate as to whether the error is likely to have adversely affected the deliberations of the jury and, if so, we conclude that the entire trial is vitiated and that we must start again.

That entire exercise is conducted on the basis of assumptions, some very fundamental, and some more easily verifiable than others. For example, we assume that the exact wording of a jury charge will likely have an impact of the jury’s understanding of its tasks. The clearest example is the long-standing search for the proper explanation of what guilt beyond a reasonable doubt means, and how it should be conveyed to the jury: see for example *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; and *R. v. Avety-san*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

There are means by which we should be able to assess rationally, and in an informed and reliable

pra et J. R. P. Ogloff, « Evaluating Jury Secrecy : Implications for Academic Research and Juror Stress » (2000), 44 *Crim. L.Q.* 190.

Les règles sur le secret des délibérations du jury, qui sont essentielles au bon fonctionnement du jury en tant qu’institution, ont toutefois un prix. Non seulement est-il impossible de nous assurer qu’un jury donné a agi conformément à son serment et aux exigences de la loi, mais il nous est également impossible de mesurer de quelque manière utile l’efficacité des procédures qui ont été établies pour faire en sorte qu’il fonctionne adéquatement.

Chaque année, plusieurs verdicts rendus par des jurys sont annulés et de nouveaux procès coûteux sont ordonnés en raison du risque qu’une erreur grave soit survenue dans le processus de délibération. Nous supposons que des erreurs touchant l’admissibilité de la preuve, des commentaires inappropriés des avocats ou, situation plus courante, des directives erronées du juge du procès sur le droit ont pu induire le jury en erreur et avoir un effet négatif sur son verdict. Lorsque naît une telle inquiétude, nous supputons la probabilité que cette erreur ait pu avoir des répercussions négatives sur les délibérations du jury et, si c’est le cas, nous concluons que l’ensemble du procès est vicié et qu’il faut tout reprendre depuis le début.

Toute cette analyse repose sur des hypothèses, certaines très fondamentales et certaines plus facilement vérifiables que d’autres. Nous supposons par exemple que les mots mêmes utilisés dans l’exposé au jury auront vraisemblablement un effet sur la compréhension que les jurés ont de leur tâche. L’exemple le plus patent est la recherche continue de l’explication appropriée de la notion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et de la façon de la présenter au jury : voir, par exemple, *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; et *R. c. Avety-san*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Il existe des moyens qui devraient nous permettre d’apprécier de manière rationnelle, avertie et

102

103

104

105

manner, whether exposure to some information is unduly prejudicial in the sense that juries are likely to give it inappropriate weight, for example in the case of criminal records or similar fact evidence. We should also be able to measure the real capacity of juries to understand long and complex oral instructions, and to determine whether our current models of jury charges substantially accomplish their purpose. In short, we should be able to assess, in an informed and rational fashion, the likely impact of an alleged error or event on the deliberations of the jury and on the fairness and reliability of its verdict.

106 The recent case of *Find*, *supra*, raises the issue of the lack of reliable social science research concerning the effect of juror attitudes on the deliberation process and verdict. The accused in *Find*, who was charged with the sexual assault of children, argued that the nature of the charges gave rise to a realistic possibility that some jurors might harbour prejudice against him and be incapable of acting impartially. He therefore sought to challenge jurors for cause. This Court held that challenges for cause should not be permitted as the alleged “generic prejudice” arising from a charge involving sexual assault of children had not been established. With respect to the prohibition on disclosure of jury deliberations imposed by s. 649 of the *Code* and its effect upon research into the jury process, the Chief Justice said (at para. 87):

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 [s. 649], it may be that more helpful research into the Canadian experience would emerge.

107 Parliament, after input from the social science community, the judiciary and the bar, could design

fiable si le fait pour le jury de connaître certains renseignements est indûment préjudiciable en ce sens qu’il risque de leur accorder un poids inapproprié, par exemple l’existence d’un casier judiciaire ou une preuve de faits similaires. Nous devrions également être capables de mesurer la capacité réelle des jurés de comprendre des directives orales longues et complexes et de déterminer si les exposés types au jury dont nous disposons actuellement atteignent substantiellement les objectifs visés. En résumé, nous devrions être en mesure d’évaluer, de façon avertie et rationnelle, l’effet vraisemblable de l’erreur ou de l’événement invoqué sur les délibérations du jury et sur l’équité et la fiabilité de son verdict.

Dans le récent l’arrêt *Find*, précité, notre Cour mentionne le problème du manque de travaux de recherche fiables en sciences sociales concernant l’effet des attitudes des jurés sur le processus de délibération et sur le verdict. Dans cette affaire, l’accusé, qui avait été inculpé d’agressions sexuelles contre des enfants, prétendait que la nature des accusations portées contre lui faisait naître la possibilité réaliste que certains jurés nourrissent à son endroit des préjugés qui les rendraient incapables d’agir impartialement. Il a par conséquent demandé à recourir à la procédure de récusation motivée. Notre Cour a conclu que le recours à cette procédure ne devait pas être autorisé puisque le « préjugé générique » qui, plaident-on, se rattache aux accusations d’agressions sexuelles contre des enfants n’avait pas été établi. Pour ce qui est de l’interdiction de divulgation de l’information relative aux délibérations du jury imposée par l’art. 649 du *Code* et de l’effet de cette prohibition sur les recherches sur le fonctionnement du jury, le Juge en chef a dit ceci (au par. 87) :

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 [l’art. 649], cela entraînerait peut-être la réalisation d’un plus grand nombre de travaux utiles sur la situation au Canada.

Après avoir consulté le milieu des sciences sociales ainsi que la magistrature et les avocats, le

appropriate parameters for this type of research to ensure respect for the concerns that inform the present jury secrecy rules, as well as most other rules governing jury trials. Such research would add to the legitimacy of the existing rules and, if need be, would trigger judicial or legislative modifications.

These appeals, and many others in the past decades, illustrate the difficulty and the importance of the tasks that citizens are compelled to perform when called for jury duty. We should protect jurors from unjustified intrusion into their personal lives and we should also be able to give them assurances that the guidance they receive from the judge is based on the best knowledge we have about the way to a fair and just verdict.

G. Did Pan's Third Trial Constitute an Abuse of Process?

As indicated at the outset of these reasons, the main thrust of the appellant Pan's argument in the present appeal is that the declaration of the mistrial by O'Connell J. at his second trial was improper. It follows from this, Pan says, that the third trial before Watt J., which resulted in his conviction for first degree murder, violated the principle against double jeopardy and constituted an abuse of process. The appellant submits that the appropriate remedy is for this Court to order a stay of proceedings. In order to establish the impropriety of the mistrial, Pan seeks to have admitted as fresh evidence in the appeal the testimony of jurors from his second trial. For the reasons above, I have concluded that the appellant is barred by the common law jury secrecy rule from adducing such evidence. I will return to this issue below.

législateur pourrait établir les paramètres appropriés pour ce type de recherches, de manière à assurer le respect des considérations qui sont à la base des règles actuelles sur le secret des délibérations du jury et de la plupart des autres règles régissant les procès devant jury. De telles recherches viendraient renforcer la légitimité de ces règles et, au besoin, susciter des modifications d'origine judiciaire ou législative.

Les présents pourvois, tout comme bon nombre d'autres affaires au cours des dernières décennies, illustrent bien la difficulté et l'importance des tâches qui incombent aux citoyens appelés à agir comme jurés. Nous devons protéger les jurés contre toute intrusion injustifiée dans leur vie privée. Nous devons aussi être en mesure de les assurer que les directives qu'ils reçoivent du juge sont fondées sur la meilleure façon connue de parvenir à un verdict juste et équitable.

G. Le troisième procès de Pan a-t-il constitué un abus de procédure?

Comme il a été indiqué au début des présents motifs, l'aspect principal de l'argumentation de l'appelant Pan dans le présent pourvoi est que l'annulation de son deuxième procès par le juge O'Connell n'était pas justifiée. Il s'ensuit, d'affirmer Pan, que le troisième procès devant le juge Watt, qui a abouti à sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré, a enfreint le principe de la protection contre la double incrimination et constitué un abus de procédure. L'appelant prétend que la réparation qu'il convient que notre Cour lui accorde est l'arrêt des procédures. Afin d'établir le caractère injustifié de l'annulation du procès, Pan sollicite l'admission comme éléments de preuve nouveaux en appel des dépositions des jurés ayant participé à son deuxième procès. Pour les motifs exposés précédemment, j'estime que la règle de common law sur le secret des délibérations du jury empêche l'appelant de présenter une telle preuve. Je reviendrai sur cette question plus loin.

108

109

1. Section 653(2) of the *Criminal Code*

110 As a threshold matter on the abuse of process issue, the appellant Pan challenges the constitutional validity of s. 653(2) of the *Code*, which provides that a judge's exercise of discretion to declare a mistrial on the basis that the jury is unable to agree upon a verdict is "not reviewable". In addition to his arguments on the double jeopardy issue, the appellant submits that s. 653(2) of the *Code* violates ss. 7, 11(d) and 11(f) of the *Charter* because it purports to insulate from review the decision of a judge to declare a mistrial on the basis of a deadlocked jury.

111 The Crown has not disputed the ability of this Court, the Court of Appeal or Watt J. to review the mistrial declared by O'Connell J. I do not see how declaring s. 653(2) to be constitutionally invalid would advance the appellant's position. The propriety of the mistrial before O'Connell J. has been, and continues to be, under review. The fact that no issue was taken by the Crown with the appropriateness of this review may relate to the statement of Martin J.A, speaking for the Ontario Court of Appeal in *D. (T.C.)*, *supra*, at p. 447, in which he said:

Notwithstanding the common law limitations on the ability to challenge the judge's discretion to terminate a trial before verdict, I am satisfied that the propriety of a decision to declare a mistrial is subject to Charter scrutiny where a second trial, after the improper termination of the first trial, would contravene principles of fundamental justice.

While I agree with this statement, I do not think that the constitutional issue needs to be resolved in the present case.

2. The Effect of the Second Mistrial

112 The law is clear that a third trial will not, without more, constitute an abuse of process: *Keyowski*, *supra*; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. It is also clear that a stay of proceedings should only

1. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel*

En tant qu'aspect préliminaire de la question de l'abus de procédure, l'appelant Pan conteste la validité constitutionnelle du par. 653(2) du *Code*, qui précise que l'exercice par le juge du pouvoir discrétionnaire de prononcer la nullité d'un procès parce que le jury ne peut s'entendre sur son verdict « ne peut faire l'objet d'une révision ». En plus de ses arguments sur la question de la double incrimination, l'appelant plaide que le par. 653(2) du *Code* porte atteinte à l'art. 7 et aux al. 11d) et 11f) de la *Charte* parce qu'il tend à soustraire au contrôle judiciaire la décision d'un juge de prononcer l'annulation d'un procès lorsque le jury est dans une impasse.

Le ministère public n'a pas contesté le pouvoir de notre Cour, ni celui de la Cour d'appel ou du juge Watt de réviser l'annulation du procès prononcée par le juge O'Connell. Je ne vois pas comment l'invalidation du par. 653(2) pourrait renforcer la thèse de l'appelant. La question du bien-fondé de l'annulation du procès tenu devant le juge O'Connell a été examinée et continue de l'être. Le fait que le ministère public n'ait pas contesté le bien-fondé de cet examen découle peut-être de la déclaration suivante du juge Martin, dans les motifs qu'il a exposés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *D. (T.C.)*, précité, p. 447 :

[TRADUCTION] Nonobstant les limites imposées par la common law à la possibilité de contester le pouvoir discrétionnaire du juge de mettre fin à un procès avant le prononcé du verdict, je suis convaincu que le bien-fondé d'une décision déclarant un procès nul peut être contrôlé au regard de la *Charte* lorsque la tenue d'un deuxième procès, après l'annulation injustifiée du premier, porterait atteinte aux principes de justice fondamentale.

Bien que je sois d'accord avec cette affirmation, je n'estime pas qu'il soit nécessaire de trancher cette question constitutionnelle en l'espèce.

2. L'effet de l'annulation du deuxième procès

Le droit est clair, le simple fait de tenir un troisième procès ne constitue pas à lui seul un abus de procédure : *Keyowski*, précité; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659. Il est également clair que

be entered in the “clearest of cases”: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Conway, supra*; *Keyowski, supra*; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. Where a claim of abuse of process is made, it is necessary to examine the particular facts of the case in order to determine whether, in all the circumstances, it would offend the principles of fundamental justice to proceed further. In Pan’s case, there has been no suggestion of prosecutorial misconduct or of systemic failure. Pan’s abuse of process argument therefore rests solely on his contention that O’Connell J. acted improperly in declaring a mistrial at the second trial, and that the third trial offended the principle against double jeopardy, for which the appropriate remedy is a stay of proceedings.

In my view, an improper declaration of a mistrial by a trial judge could, depending on the circumstances of the case, lead to the conclusion that a further trial would contravene the principles of fundamental justice. I entirely agree with the remarks of Martin J.A. in *D. (T.C.)*, *supra*, at pp. 447-48:

Section 11(h) of the Charter enshrines the principles underlying the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* which are applicable, as previously indicated, only where the first trial has proceeded to verdict and do not apply where the first trial has proved abortive. In my view, however, s. 7 of the Charter constitutionalizing the requirement of “fundamental justice” might, in some circumstances, bar a second trial where the first trial has been improperly terminated. By way of example only, I consider that if, upon a breakdown of the Crown’s case, a judge were to declare a mistrial in order to give the prosecution an opportunity to strengthen its case against the accused by endeavouring to find additional witnesses thereby depriving the accused of an acquittal where the Crown’s initial preparation had been negligent, a second trial in those circumstances would contravene the principles of fundamental justice.

l’arrêt des procédures ne doit être accordé que dans les « cas les plus manifestes » : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Conway*, précité; *Keyowski*, précité; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; et *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. En cas de plainte d’abus de procédure, il faut examiner les faits particuliers de l’espèce afin de déterminer si, eu égard à toutes les circonstances, la poursuite des procédures violerait les principes de justice fondamentale. Dans le cas de l’appelant Pan, on ne reproche pas de conduite fautive de la poursuite ou de manquement d’ordre systémique. L’abus de procédure invoqué par Pan repose uniquement sur le fait que, selon lui, le juge O’Connell aurait eu tort de prononcer la nullité du deuxième procès et que la tenue du troisième procès a enfreint le principe de la protection contre la double incrimination, atteinte à l’égard de laquelle la réparation convenable est l’arrêt des procédures.

À mon avis, l’annulation injustifiée d’un procès par un juge pourrait, selon les circonstances de l’affaire, amener à conclure que la tenue d’un autre procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Je souscris entièrement aux remarques suivantes du juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *D. (T.C.)*, précité, p. 447-448 :

[TRADUCTION] L’alinéa 11h) de la Charte consacre les principes à la base des moyens de défense d’*autrefois acquit* et d’*autrefois convict* qui, comme il a été indiqué plus tôt, ne s’appliquent que dans les cas où le premier procès a abouti à un verdict, et pas dans ceux où le premier procès a avorté. Toutefois, je suis d’avis que l’art. 7 de la Charte — qui constitutionnalise l’obligation de respect de la « justice fondamentale » — pourrait, dans certaines circonstances, faire obstacle à la tenue d’un deuxième procès lorsqu’il a été mis fin au premier procès de façon injustifiée. À titre d’exemple seulement, je considère que si, par suite de l’effondrement de la cause du ministère public, un juge prononçait l’annulation du procès afin de donner au ministère public la possibilité d’*étoffer* sa preuve contre l’accusé en tentant de trouver d’autres témoins et qu’il privait ainsi l’accusé d’un acquittement, dans un cas où le ministère public a été négligent dans sa préparation initiale, la tenue d’un deuxième procès en pareilles circonstances violerait les principes de justice naturelle.

114 The principle of double jeopardy might also preclude a further trial if the Crown were to proceed unfairly in depriving the accused of a verdict. For example, if the Crown were to enter a stay of proceedings at a late stage of the trial in order to preclude the jury from acquitting the accused in light of the deficiencies in the Crown's case, it seems to me that the principles of fundamental justice could preclude further proceedings, despite the fact that double jeopardy within the meaning of s. 11(h) of the *Charter* may not apply. However, while double jeopardy may be a principle of fundamental justice that could be invoked in some circumstances prior to a verdict being rendered within the meaning of s. 11(h), these circumstances do not arise in the appellant's case.

115 In support of his submissions on the double jeopardy issue, Pan relies heavily on the American jurisprudence, which only permits a subsequent trial following the declaration of a mistrial where circumstances of "manifest necessity" exist. The obvious example of such a situation would be where the jury is hopelessly deadlocked: *United States v. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984). Pan submits that the declaration of a mistrial in this case did not meet the standard of "manifest necessity" and that it was therefore improperly declared. In my view, the American jurisprudence is of limited assistance given the differences in our respective constitutions and case law on the double jeopardy issue. However, even if the American test of "manifest necessity" were applied to the *Pan* appeal, it would not appear to assist the appellant since it too allows for re-prosecution after a deadlocked jury trial.

116 The *Criminal Code* confers a broad discretion upon the trial judge to declare a mistrial when he

Le principe de la protection contre la double incrimination pourrait aussi empêcher la tenue d'un nouveau procès si le ministère public privait de façon inéquitable l'accusé d'un verdict. Par exemple, si le ministère public ordonnait l'inscription d'un arrêt des procédures tard dans le procès afin d'empêcher le jury d'acquitter l'accusé en raison de lacunes dans la preuve à charge, il me semble que les principes de justice fondamentale feraient obstacle à l'engagement d'autres procédures, malgré le fait que la protection contre la double incrimination prévue par l'al. 11h) de la *Charte* puisse ne pas s'appliquer. Toutefois, bien que la protection contre la double incrimination soit un principe de justice fondamentale qui pourrait être invoqué dans certaines circonstances avant qu'un verdict ne soit rendu au sens de l'al. 11h), ces circonstances ne sont pas présentes dans le cas de l'appelant.

À l'appui de ses observations sur la question de la double incrimination, Pan invoque abondamment la jurisprudence américaine, laquelle n'autorise la tenue d'un autre procès à la suite de l'annulation d'un procès qu'en cas de [TRADUCTION] « nécessité manifeste ». L'exemple évident d'une telle situation est le cas où le jury est irrémédiablement dans une impasse : *United States c. Perez*, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); *United States c. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson c. United States*, 468 U.S. 317 (1984). Pan prétend que l'annulation du procès en l'espèce ne répondait pas à la norme de la « nécessité manifeste » et a, de ce fait, été prononcée de manière injustifiée. À mon avis, les décisions américaines ne sont que d'une utilité limitée compte tenu des différences qui caractérisent nos constitutions et jurisprudence respectives en ce qui concerne la question de la double incrimination. Toutefois, même si le critère de la « nécessité manifeste » était appliqué au pourvoi *Pan*, il ne semble pas que l'appelant en tirerait quelque avantage puisque cette doctrine autorise également l'engagement de nouvelles poursuites après qu'un procès devant jury a abouti à une impasse.

En vertu du *Code criminel*, le juge du procès dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire l'habili-

or she is of the view that the jury is unable to agree upon a verdict. Watt J., following a *voir dire* at the outset of the third trial, reviewed the circumstances under which O'Connell J. had declared a mistrial. He rejected the suggestion that the mistrial was declared because the judge was aware that the jury had reached a verdict of acquittal. Rather, Watt J. found that O'Connell J., after canvassing the views of counsel, came to the conclusion that the jury was irremediably deadlocked. The Court of Appeal found no basis to interfere with the conclusions of Watt J. on this point, and neither do I. Watt J. made several critical findings of fact that are dispositive of this ground of appeal.

With regard to the alleged communication by James Woodside, the deputy at Pan's trial, to O'Connell J. to the effect that the jury was split 8-4 in favour of acquittal, Watt J. says this:

The substance of James Woodside's evidence, as well the manner in which he gave it, do not satisfy me that he communicated his speculative conclusion about the division of the jurors to the trial judge as he appeared to indicate in his evidence. I do not accept his evidence on the point. It lacked certainty and clarity of recollection. It appears, equally, the result of speculation. [Emphasis in original.]

Watt J. also found that O'Connell J. was not informed that the jury had reported having reached a "verdict" on the evening of April 30, 1991. On the morning of May 1, 1991, the day of the declaration of the mistrial, O'Connell J. was informed that one of the jurors was claiming to have been pressured in the course of the jury's deliberations and had written a note that she wished to convey to the trial judge. Upon receipt of the note, O'Connell J. read it and then convened court to discuss the note with counsel. Watt J. concluded that at no time before the declaration of the mistrial was O'Connell J. aware of the nature of the "verdict" that the jury had reached. What O'Connell J. did know was that the jury had reached a "verdict" and

tant à prononcer la nullité du procès lorsqu'il est convaincu que le jury ne peut s'entendre sur son verdict. À la suite d'un voir-dire tenu dès l'ouverture du troisième procès, le juge Watt a examiné les circonstances dans lesquelles le juge O'Connell avait déclaré le procès nul. Il a rejeté la prétention selon laquelle il y avait eu annulation du procès parce que le juge savait que le jury s'était entendu sur un verdict d'acquittal. Le juge Watt a plutôt conclu que, après avoir sollicité l'opinion des avocats, le juge O'Connell en était venu à la conclusion que le jury se trouvait irrémédiablement dans une impasse. La Cour d'appel n'a trouvé aucune raison justifiant de modifier les conclusions du juge Watt sur ce point, et je n'en vois pas non plus. Le juge Watt a tiré plusieurs conclusions de fait cruciales, qui sont déterminantes à l'égard de ce moyen d'appel.

Pour ce qui est de l'allégation selon laquelle James Woodside, huissier au procès de Pan, aurait dit au juge O'Connell que le jury était partagé dans une proportion de 8 à 4 en faveur de l'acquittal, le juge Watt a dit ceci :

[TRADUCTION] La teneur du témoignage de James Woodside, tout comme la manière dont il a déposé, ne me convainquent pas qu'il a communiqué sa conclusion hypothétique au sujet de la division au sein des jurés au juge du procès comme il a semblé l'indiquer dans son témoignage. Je ne retiens pas son témoignage sur ce point. Ses souvenirs manquaient de certitude et de clarté. Ils semblaient aussi être le résultat de conjectures. [Souligné dans l'original.]

Le juge Watt a également conclu que le juge O'Connell n'avait pas été informé du fait que le jury avait signalé être parvenu à s'entendre sur un « verdict » le soir du 30 avril 1991. Le matin du 1^{er} mai 1991, jour de l'annulation du procès, le juge O'Connell a été avisé qu'une jurée prétendait avoir subi des pressions au cours des délibérations du jury et qu'elle avait écrit une note qu'elle désirait transmettre au juge du procès. Dès qu'il a reçu la note, le juge O'Connell l'a lue, puis il a convoqué la cour pour discuter de la note avec les avocats des parties. Le juge Watt a estimé que, à aucun moment avant de prononcer la nullité du procès, le juge O'Connell n'avait été au fait de la nature du « verdict » sur lequel le jury s'était entendu. Ce

117

118

that one of the jurors did not agree with it and wished O'Connell J. to poll the jury following the reading of the verdict so that she could voice her disagreement at that time. While the note itself indicates that a verdict has been reached, it also indicates that juror #1 disagreed with it.

que savait le juge O'Connell, c'est que le jury s'était entendu sur un « verdict » et qu'une jurée n'était pas d'accord avec le verdict et souhaitait que, après la lecture du verdict, le juge O'Connell demande à chacun des jurés de faire connaître son verdict afin qu'elle puisse alors exprimer son désaccord. Bien que la note elle-même indique qu'un verdict avait été arrêté, elle révèle également que la jurée numéro un n'était pas d'accord avec celui-ci.

119 In O'Connell J.'s discussions with counsel concerning the appropriate course of action to take in response to the note, no one ever suggested that the jury be brought in and asked to deliver their verdict. On this point, Watt J. says:

It is worthy of observation that, notwithstanding the plain reference in the note of juror #1 that the jury had reached a verdict, none of the persons conducting the case, whether prosecuting, defending or presiding, considered that a verdict had been achieved. The only logical inference to draw is that what is now asserted to be a verdict of which the [appellant] has been wrongly deprived was not then, at the time, thought to be so.

Au cours des discussions qu'a eues le juge O'Connell avec les avocats au sujet des mesures qu'il convenait de prendre en réponse à la note, personne n'a suggéré de rappeler le jury et de lui demander de rendre son verdict. Sur ce point, le juge Watt a dit ceci :

[TRADUCTION] Il convient de souligner que, nonobstant la mention claire dans la note de la jurée numéro un que le jury s'était entendu sur un verdict, aucune des personnes participant à l'instance, qu'il s'agisse de la poursuite, de la défense ou du juge président l'audience, n'a considéré que le jury s'était entendu sur un verdict. La seule conclusion logique à tirer est que ce que l'on prétend maintenant être un verdict dont [l'appellant] aurait été injustement privé n'était pas, à ce moment là, considéré comme tel.

Counsel for Pan suggested that it might be advisable for O'Connell J. to give the jury a "gentle exhortation" to reach a verdict, and said that "the other way" was "to declare them a hung jury". Counsel for the Crown favoured a gentle exhortation and strongly objected to the mistrial option. Both counsel strongly disagreed with O'Connell J.'s suggestion that juror #1 be brought in for an inquiry on her own concerning the contents of the note, which could conceivably have led to her being discharged as a juror. O'Connell J. subsequently decided to declare a mistrial, thereby ending Pan's second trial.

L'avocat de Pan a suggéré qu'il serait peut-être souhaitable que le juge O'Connell [TRADUCTION] « exhorte gentiment » le jury à s'entendre sur un verdict et il a ajouté que « l'autre solution » serait de « déclarer qu'il y a désaccord du jury ». L'avocat du ministère public a dit préférer l'exhortation en douceur et s'est fermement opposé à l'annulation du procès. Les deux avocats ont repoussé énergiquement la suggestion du juge O'Connell d'interroger la jurée numéro un en l'absence des autres jurés au sujet du contenu de sa note, ce qui aurait logiquement pu entraîner sa libération comme juré. Le juge O'Connell a par la suite décidé de prononcer la nullité du procès, mettant ainsi fin au deuxième procès de Pan.

120 As Watt J. notes, the issue is not whether O'Connell J. could have exercised his discretion differently than he did. Clearly, he could have. For example, he could have taken the verdict and made an inquiry as to the unanimity of the verdict in

Comme le souligne le juge Watt, la question en litige n'est pas de savoir si le juge O'Connell aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire différemment. Il aurait évidemment pu le faire. Par exemple, il aurait pu recevoir le verdict et s'assurer

light of the note from juror #1. Had juror #1 repudiated her agreement with the verdict at that stage, the result would have been a mistrial. The only issue is whether, in exercising his discretion and declaring a mistrial, O'Connell J. can be said to have acted improperly. On this point, Watt J. says:

The trial judge would have been entitled to exercise his discretion differently than by declaring a mistrial. The mere existence of alternatives, however, does not mean that, in choosing the course he did, the learned trial judge improperly terminated trial proceedings. It is doubtless that if a trial judge discharges the jury when further deliberations may produce a fair verdict, the accused is deprived of his valued right to have his trial completed by a particular tribunal. On the other hand, a failure to discharge a jury which is unable to reach [a] unanimous verdict after protracted and exhausting deliberations creates a significant risk that a verdict may result from pressures inherent in the situation, rather than the considered judgment of all the jurors. [Emphasis in original.]

It is abundantly clear from Watt J.'s reasons that O'Connell J. did not act improperly in declaring a mistrial at the second trial. As a result, I find Pan's submissions in support of a stay of proceedings, whether framed in terms of abuse of process, double jeopardy, or s. 7 of the *Charter*, to be without merit.

H. *The Fresh Evidence*

1. *The Pan Action*

The Court of Appeal was unanimous in concluding that the proposed fresh evidence in the *Pan* action would have no bearing on the propriety of the declaration of a mistrial by O'Connell J. The proposed fresh evidence indicates that there was a deadlock among the jury and that the atmosphere in the jury room had degenerated into hostility. Even if the common law rule were changed in order to permit the admission of such evidence, it would only serve to support O'Connell J.'s decision to declare a mistrial. The only extrinsic evi-

de son caractère unanime, compte tenu de la note de la jurée numéro un. Si cette dernière avait alors répudié son adhésion au verdict, cela aurait entraîné l'annulation du procès. La seule question litigieuse est de savoir s'il est possible d'affirmer que le juge O'Connell a agi de manière injustifiée en exerçant son pouvoir discrétionnaire et en prononçant la nullité du procès. Sur ce point, le juge Watt a dit ceci :

[TRADUCTION] Le juge du procès était habilité à exercer son pouvoir discrétionnaire autrement qu'en prononçant la nullité du procès. Le seul fait qu'il existe d'autres solutions ne signifie toutefois pas que, en choisissant d'agir comme il l'a fait, le juge du procès a erronément mis fin au procès. Il ne fait aucun doute que si le juge du procès libère le jury, alors que la poursuite des délibérations pourrait permettre d'arriver à un verdict juste, l'inculpé est privé de son précieux droit à un procès complet devant un tribunal donné. En revanche, le fait de ne pas libérer un jury incapable de s'entendre sur un verdict unanime après des délibérations prolongées et épuisantes crée un risque appréciable que le verdict soit le fruit des pressions inhérentes à une telle situation plutôt que d'une décision mûrement réfléchie de tous les jurés. [Souligné dans l'original.]

Il ressort très clairement des motifs du juge Watt que le juge O'Connell n'a pas agi erronément en prononçant la nullité du deuxième procès. Par conséquent, j'estime que sont sans fondement les arguments — qu'ils s'agissent de ceux fondés sur l'abus de procédure, sur la double incrimination ou sur l'art. 7 de la *Charte* — présentés par Pan au soutien de sa demande d'arrêt des procédures.

H. *Les éléments de preuve nouveaux*

1. *L'affaire Pan*

La Cour d'appel à l'unanimité a conclu que les éléments de preuve nouveaux que l'on proposait de présenter dans l'affaire *Pan* n'avaient aucun rapport avec le bien-fondé de l'annulation du procès par le juge O'Connell. Ces nouveaux éléments indiquent que le jury était dans une impasse et que l'atmosphère dans la salle des jurés était devenue empreinte d'hostilité. Même si la règle de common law était modifiée afin de permettre l'admission d'une telle preuve, celle-ci ne ferait qu'appuyer la décision du juge O'Connell de prononcer l'annula-

121

122

dence that seems to be disclosed by the juror interviews is the fact that juror #1 asked her doctor how long it would take to dismember a body if one had medical training, and then conveyed the doctor's response to this question to the other members of the jury. However, even if this extrinsic evidence had been disclosed in the course of Pan's trial and had been found to have had a potentially prejudicial effect on the jury, the appropriate remedy would have been to declare a mistrial, which was the result of the trial in any event. Consequently, I conclude that none of the fresh evidence offered by Pan, even if it were admissible under the common law jury secrecy rule as interpreted above, would be relevant to the issue of whether or not O'Connell J. exercised his discretion properly in declaring the mistrial, nor could it serve to support the appellant's request for an acquittal or a stay of proceedings.

2. The Sawyer Action

123

Sawyer seeks to adduce as fresh evidence an affidavit setting out the substance of a telephone conversation he had with one of the jurors after the verdict. The gist of the conversation was that the juror told him that the verdict was "eating her inside" and that she had been subjected to undue pressure in coming to the verdict and, in particular, was told by other members of the jury that they would have to be sequestered for at least three weeks before a hung jury could be declared. The juror also allegedly told the appellant that racial slurs were made by some jurors in the course of the deliberations. The majority of the Court of Appeal concluded, in my view correctly, that this evidence fell within the scope of the common law rule of jury secrecy and was inadmissible on appeal. Accordingly, the Court of Appeal was correct in rejecting Sawyer's application to adduce fresh evidence.

tion du procès. Le seul élément de preuve extrinsèque que semble avoir révélé l'interrogatoire des jurés est le fait que la jurée numéro un ait demandé à son médecin de lui dire combien de temps il faudrait à une personne possédant des connaissances médicales pour démembrer un corps et qu'elle ait communiqué aux autres jurés la réponse du médecin à sa question. Toutefois, même si cet élément de preuve extrinsèque avait été divulgué au cours du procès de Pan et avait été jugé avoir un effet potentiellement préjudiciable sur le jury, la réparation convenable aurait été l'annulation du procès, résultat auquel a abouti le procès de toute façon. En conséquence, j'estime qu'aucun des éléments de preuve nouveaux proposés par Pan, même s'ils étaient admissibles en vertu de la règle de common law sur le secret des délibérations du jury telle qu'elle a été interprétée plus tôt, ne serait pertinent à l'égard de la question de savoir si le juge O'Connell a exercé adéquatement son pouvoir discrétionnaire en prononçant l'annulation du procès, ni n'appuierait la demande d'acquiescement ou d'arrêt des procédures présentée par l'appellant.

2. L'affaire Sawyer

Sawyer désire produire, comme élément de preuve nouveau, un affidavit décrivant la teneur d'une conversation téléphonique qu'il a eue avec l'un des jurés après le verdict. L'essentiel de la conversation porte que la jurée lui a dit que le verdict [TRADUCTION] « la tourmentait » et qu'on avait exercé sur elle des pressions indues pour qu'elle arrive à ce verdict, et en particulier que d'autres membres du jury lui avaient dit qu'ils devraient rester isolés pendant au moins trois semaines avant que le tribunal ne déclare que le jury était dans l'impasse. La jurée aurait aussi dit à l'appellant que certains jurés auraient tenu des propos racistes au cours des délibérations. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu, à juste titre selon moi, que cette preuve était visée par la règle de common law sur le secret des délibérations du jury et qu'elle était inadmissible en appel. En conséquence, la Cour d'appel a eu raison de rejeter la demande de production d'éléments de preuve nouveaux présentée par Sawyer.

Before this Court, Sawyer focussed his submissions on the alleged racist comments made by members of the jury. He submits that these comments show that the jury relied on impermissible considerations in arriving at its verdict and that the jury secrecy rules should not apply in such circumstances.

Applying the common law of jury secrecy as discussed above, such evidence is clearly inadmissible. Delving into the accuracy of such allegations would intrude into the secrecy of the deliberation process as it requires an inquiry into the “statements made, opinions expressed or votes cast” by members of the jury. In the words of the Law Reform Commission of Canada, with which I agree, to permit an inquiry into the reasons why jurors voted as they did “could lead to endless and unresolvable disputes” (Working Paper 27, *supra*, at p. 150). The only situation in which the substance of such allegations should be explored is where they raise concerns serious enough to warrant an investigation under s. 139(2) of the *Criminal Code*, which was not pursued in the present appeal.

It is important to note that this is not one of those borderline cases where the proposed evidence could conceivably be admissible on a broad interpretation of the common law rule of admissibility as defined above. If indeed racist comments were made in the jury room by one or more of the jurors, these would fall squarely within the scope of the common law exclusionary rule. Such comments are clearly intrinsic to the jury’s deliberations and do not relate to any contact with information or persons outside of the jury.

I. *Charge to the Jury in Pan’s Third Trial*

In addition to the grounds of appeal discussed above, Pan submits that the trial judge at the third

Devant notre Cour, Sawyer a concentré ses observations sur les propos racistes qui auraient été tenus par des membres du jury. Il a prétendu que ces propos montrent que le jury s’est fondé sur des considérations inadmissibles pour arriver à son verdict et, partant, que les règles sur le secret des délibérations du jury ne devraient pas s’appliquer en pareilles circonstances.

Si l’on applique la règle de common law sur le secret des délibérations du jury, telle qu’elle a été analysée précédemment, une telle preuve est clairement inadmissible. Scruter ces allégations pour vérifier leur exactitude porterait atteinte au secret du processus de délibération du jury, puisqu’il faudrait enquêter sur les « déclarations, opinions ou votes » des membres du jury. Pour reprendre les propos de la Commission de réforme du droit du Canada, auxquels je souscris, le fait de permettre une enquête au sujet des motifs pour lesquels les jurés ont voté comme ils l’ont fait « pourrait mener à des contestations sans fin et sans solution » (Document de travail 27, *op. cit.*, p. 155). La seule situation où la teneur de telles allégations devrait être examinée est celle où les allégations soulèvent des inquiétudes suffisamment sérieuses pour justifier la tenue d’une enquête en vertu du par. 139(2) du *Code criminel*, solution qui n’a pas été retenue dans le présent pourvoi.

Il importe de souligner que nous ne sommes pas en présence, en l’espèce, de l’un de ces cas limites où la preuve proposée pourrait plausiblement être admissible moyennant une interprétation large de la règle de common law sur l’admissibilité définie précédemment. Si des propos racistes ont effectivement été tenus dans la salle des jurés par un ou plusieurs de ceux-ci, ces propos seraient nettement visés par la règle d’exclusion prévue par la common law. De tels propos sont clairement un aspect intrinsèque des délibérations du jury et ils ne se rattachent pas à quelque contact avec des informations ou des personnes extérieures au jury.

I. *L’exposé du juge au jury dans le troisième procès de Pan*

Outre les moyens d’appel examinés plus tôt, Pan fait valoir que le juge qui a présidé son troisième

124

125

126

127

trial erred in his instructions to the jury on the meaning of reasonable doubt. At the conclusion of the third trial, Watt J. charged the jury on the meaning of reasonable doubt as follows:

What is meant by “proof beyond a reasonable doubt”? It has been said, members of the jury, that the term explains itself. It is achieved when you, as jurors, feel sure of the guilt of the accused. It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience so you, as conscientious jurors, feel bound or compelled to act upon it. You must be able to say to yourself, “He is really guilty. Of that I am morally certain.” I said morally certain, not mathematically certain, for it is not the obligation of the prosecution in this or any criminal case to prove guilt to a mathematical certainty.

On the other hand, should the evidence which you have heard leave you, as a responsible juror, with some lingering or nagging doubt with respect to the proof of some essential element of the offence with which the accused is charged or any offence which is included in it, so that you are unable to say to yourself that the Crown has proven the guilt of the accused in respect of that offence beyond a reasonable doubt, as I have defined those words, your duty is then to find the accused not guilty in respect of the offence about which you have such reasonable doubt.

The doubt, members of the jury, I emphasize, must be reasonable. It must be a reasonable doubt based upon the evidence that you have heard in this case. It must not be a speculative, fanciful, imaginary or illusory doubt conjured up in the mind of a timid juror so that he or she may avoid their plain duty or responsibility. It must be, as well, with regard to an essential element of the crime, not in respect of some unessential matter. It must not be a doubt born of sympathy for or of prejudice against either the accused or the deceased. To put the matter shortly, it must be a reasonable doubt founded upon the evidence adduced, neither speculative, fanciful, illusory, imaginary, born of sympathy, nor animated by prejudice. [Emphasis in original.]

128

In reviewing Watt J.’s charge on the meaning of reasonable doubt, the Court of Appeal noted that the trial took place prior to this Court’s judgment in *Lifchus*, *supra*, and, as a result, Watt J. did not

procès a commis une erreur dans ses directives au jury sur le sens du doute raisonnable. À la fin du troisième procès, le juge Watt a présenté aux jurés l’exposé suivant sur le sens du doute raisonnable :

[TRADUCTION] Que signifie l’expression « preuve hors de tout doute raisonnable »? Certains ont dit, membres du jury, que cette expression parle d’elle-même. Cette preuve est faite lorsque vous, en tant que jurés, êtes certains de la culpabilité de l’accusé. C’est ce degré de preuve qui convainc l’esprit et satisfait la conscience, de sorte que vous, comme jurés consciencieux, vous sentez obligés ou contraints d’agir en conséquence. Il faut que vous soyez capables de vous dire à vous-même : « Il est vraiment coupable. J’en ai la certitude morale ». J’ai dit moralement certain et non mathématiquement certain, car le ministère public n’est pas tenu en l’espèce, comme dans toute autre affaire criminelle d’ailleurs, de prouver la culpabilité avec une certitude mathématique.

En revanche, si malgré la preuve que vous avez entendue vous continuez d’avoir, en tant que juré responsable, un doute persistant ou tenace quant à la preuve d’un élément essentiel de l’infraction dont l’inculpé est accusé ou de toute autre infraction incluse dans celle-ci, et qu’en conséquence vous êtes incapables de vous dire que le ministère public a établi la culpabilité de l’accusé à l’égard de cette infraction hors de tout doute raisonnable, au sens où j’ai défini ces mots, vous avez l’obligation de conclure que l’accusé n’est pas coupable de l’infraction à l’égard de laquelle vous entretenez un tel doute raisonnable.

Le doute, membres du jury, doit, je le souligne, être raisonnable. Il doit s’agir d’un doute raisonnable fondé sur la preuve que vous avez entendue en l’espèce. Il ne doit pas s’agir d’un doute hypothétique, fantaisiste, imaginaire ou illusoire, qui serait concocté par un juré timoré afin de pouvoir se dérober à ses obligations ou responsabilités claires. Ce doute doit aussi porter sur un élément essentiel du crime, et non sur quelque aspect non essentiel. Ce ne doit pas être un doute né d’un sentiment de sympathie ou encore de préjugés envers l’accusé ou le défunt. En résumé, il doit s’agir d’un doute qui soit fondé sur la preuve présentée et qui ne soit ni hypothétique, fantaisiste, illusoire, imaginaire, ni inspiré par la sympathie ou motivé par un préjugé. [Souligné dans l’original.]

Lorsqu’elle a examiné l’exposé du juge Watt sur le sens du doute raisonnable, la Cour d’appel a souligné que le procès avait eu lieu avant que notre Cour ne rende jugement dans l’affaire *Lifchus*, pré-

have the benefit of Cory J.'s discussion concerning the elements that should be included and those that should be avoided in explaining reasonable doubt to the jury. For its part, the Court of Appeal did not have the benefit of this Court's reasons in the recent cases of *Starr, supra, Beauchamp, supra, Russell, supra, and Avetyan, supra*, concerning the application of the *Lifchus* principles to cases decided prior to *Lifchus*. While some of the required elements in *Lifchus* were omitted from Watt J.'s charge and some of the terms that should have been avoided were included, I do not think that the deficiencies are such that they "cause serious concern about the validity of the jury's verdict, and lead to the conclusion that the accused did not have a fair trial": *Russell, supra*, at para. 23. For the reasons given in the recent cases from this Court, I agree with the Court of Appeal's conclusion that this ground of appeal should be dismissed.

VII. Conclusion and Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions for both the *Pan* and *Sawyer* actions as follows:

1. Does s. 649 of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

2. If the answer to Question 1 is yes, is s. 649 of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 1, it is unnecessary to answer this question.

3. Does the common law exclusionary rule, precluding the admission of evidence relating to the deliberations of a jury, infringe the rights and freedoms guar-

citée, et que, en conséquence, le juge Watt n'avait pu profiter de l'analyse du juge Cory sur les éléments à inclure et ceux à éviter dans les explications au jury sur le doute raisonnable. Pour sa part, la Cour d'appel n'a pu profiter des motifs exposés par notre Cour dans les récents arrêts *Starr, précité, Beauchamp, précité, Russell, précité, et Avetyan, précité*, qui concernent l'application des principes énoncés dans *Lifchus* aux affaires tranchées avant cet arrêt. Quoique certains des éléments requis par l'arrêt *Lifchus* aient été omis dans l'exposé du juge Watt et que certains des termes qui auraient dû être évités ont été utilisés, je ne pense pas que ces déficiences soient telles qu'elles « soulève[nt] des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury et [puissent] mener à la conclusion que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable » : *Russell, précité*, par. 23. Pour les motifs exposés dans les récents arrêts de notre Cour, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu de rejeter ce moyen d'appel.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois et je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles, tant dans l'affaire *Pan* que dans l'affaire *Sawyer* :

1. L'article 649 du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11d) ou l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 649 du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. La règle d'exclusion qui, en common law, empêche l'admission d'éléments de preuve concernant les délibérations d'un jury porte-t-elle atteinte aux droits

anteed by s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to Question 3 is yes, is the above-noted common law rule a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the said common law rule to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 3, it is unnecessary to answer this question.

5. Does s. 653(1) of the *Criminal Code* and/or the common law power of a judge to declare a mistrial, during or following the deliberations of the jury, violate the protection against double jeopardy which is guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

6. If the answer to Question 5 is yes, is s. 653(1) of the *Criminal Code*, or the said common law power to declare a mistrial, a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if not, ought the common law power to be modified to conform with the said *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given the answer to question 5, it is unnecessary to answer this question.

7. Does s. 653(2) of the *Criminal Code* violate s. 7, 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

8. If the answer to Question 7 is yes, is s. 653(2) of the *Criminal Code* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

et aux libertés garantis par l'art. 7, l'al. 11d) ou l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la règle de common law susmentionnée est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier cette règle de common law pour qu'elle respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Le paragraphe 653(1) du *Code criminel* et/ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès, pendant ou après les délibérations du jury, portent-ils atteinte à la protection contre la double incrimination qui est garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, le par. 653(1) du *Code criminel* ou le pouvoir conféré au juge en common law de prononcer la nullité d'un procès constituent-ils une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Sinon, y a-t-il lieu de modifier le pouvoir conféré en common law pour qu'il respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la cinquième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

7. Le paragraphe 653(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte à l'art. 7, à l'al. 11d) ou à l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

8. Si la réponse à la septième question est affirmative, le par. 653(2) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: Given the answer to question 7, it is unnecessary to answer this question.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant Rui Wen Pan: Keith E. Wright, Toronto.

Solicitors for the appellant Bradley Sawyer: Buhr & Kert, Toronto; Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée à la septième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appellant Rui Wen Pan : Keith E. Wright, Toronto.

Procureurs de l'appellant Bradley Sawyer : Buhr & Kert, Toronto; Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique. Le ministère du procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.