

**A. Irvine Barrow** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. V. BARROW

File No.: 19086.

1987: March 25, 26; 1987: December 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Juries — Empanelling — Procedure — Members of jury array queried following arraignment and plea to determine if they should be excused because of connection to the case or partiality due to pre-trial publicity — Screening conducted privately between judge and juror in open court but accused and counsel unable to hear — Accused permitted to challenge for cause the remaining jurors — Whether or not procedure improper — If so, whether or not appellant's trial vitiated so that appeal from conviction should be allowed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii) — Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(2).*

*Criminal law — Conspiracy to gain contributions for governing party through influence peddling — Whether or not political party a "person" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d).*

*Criminal law — Evidence of conspiracy — Hearsay rule and exception in cases of conspiracy — Whether or not judge's instructions correct.*

*Evidence — Good character evidence — Relevance to decision — Whether or not judge's instructions correct.*

The judge, at the trial of appellant and two others for criminal conspiracy to raise funds for a political party then in power through their influence with the government, invited members of the jury panel to claim exemptions from jury service on grounds which included partiality as between the Crown and the accused. The claims of the individual claimants were considered in open court but out of the hearing of the accused and his counsel. Thirty-six exemptions were granted from the eighty-three member panel; the trial judge indicated

**A. Irvine Barrow** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. BARROW

N° du greffe: 19086.

1987: 25, 26 mars; 1987: 17 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

c

*Droit criminel — Jury — Formation du jury — Procédure — Interrogatoire de membres du tableau des jurés après l'interpellation et le plaidoyer en vue de décider de l'opportunité de les libérer pour cause de liens avec l'affaire ou de partialité due à la publicité ayant précédé le procès — Sélection effectuée privément entre le juge et le juré, dans la salle d'audience mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre — Accusé autorisé à demander la récusation motivée des jurés restants — La procédure est-elle irrégulière? — Dans l'affirmative, le procès de l'appelant est-il entaché de nullité de sorte que le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité devrait être accueilli? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 110(1)d), 423(1)d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)b)(iii), — Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(2).*

d

*Droit criminel — Complot pour obtenir des contributions au profit du parti au pouvoir en recourant à un trafic d'influence — Un parti politique est-il une «personne»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d).*

e

*Droit criminel — Preuve d'un complot — Règle du oui-dire et exception dans les cas de complot — Les directives du juge étaient-elles appropriées?*

f

*Preuve — Preuve de bonne moralité — Pertinence — Les directives du juge étaient-elles appropriées?*

g

Le juge, au procès de l'appelant inculpé, comme ses deux coaccusés, de complot criminel pour recueillir des fonds pour le parti politique au pouvoir, grâce à leur influence auprès du gouvernement, a invité les membres du tableau des jurés à demander des dispenses afin de ne pas avoir à exercer la fonction de jurés, notamment pour cause de partialité envers le ministère public ou l'accusé. Les demandes de dispense individuelles ont été examinées à l'audience, mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre ce qui se disait. Des quatre-vingt-trois

that some question existed as to the impartiality of at least four jurors. The jury, selected from the remaining panel, found the accused guilty. The Appeal Division dismissed his appeal from conviction.

The grounds of appeal raised here were: (1) whether or not the Appeal Division erred in holding that the trial judge's examination under oath of members of the jury panel in the absence of the appellant and his counsel did not vitiate the appellant's trial; (2) whether or not the Appeal Division erred in holding that the political party was a "person" within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*; (3) whether or not the trial judge's instructions to the jury referable to the co-conspirators' exception to the hearsay rule were correct; (4) whether or not miscarriage of justice has been occasioned as a result of the trial judge's failure to instruct the jury as to the use, in law, that could be made of evidence of appellant's good character.

*Held* (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ.: Section 577 of the *Criminal Code* should be given an expansive reading; the words "whole of the trial" mean just that. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Criminal Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1). The exemptions granted by the trial judge here did not constitute an in-court extension of the pre-trial process contemplated in s. 577(1).

In jury selection, the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens but rather with the precautions necessary to ensure an impartial jury. The Nova Scotia *Juries Act* is consistent with this interpretation of the scope of the provincial power. The balance of the *Criminal Code*'s comprehensive scheme, which is designed to ensure as fair a jury as is possible and to ensure that the parties and the public at large are convinced of its impartiality, would be upset by an addition from another source. The province cannot give the judge any power to make decisions as to partiality and any judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors established by s. 569(2). Usurpation of this sort is so severe an error of law by the judge

membres du tableau, trente-six ont obtenu des dispenses; le juge de première instance a fait savoir que l'impartialité d'au moins quatre jurés pouvait être en cause. Le jury, formé à même le tableau restant, a reconnu l'accusé coupable. La Division d'appel a rejeté l'appel qu'il avait interjeté de la déclaration de culpabilité.

Voici les moyens invoqués en l'espèce: (1) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés auquel a procédé le juge de première instance en l'absence de l'appellant et de son avocat n'entachait pas de nullité le procès de l'appellant? (2) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que le parti politique en cause était «une personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel*? (3) les directives du juge de première instance au jury, au sujet de l'exception à la règle du ouï-dire dans le cas des parties à un complot, étaient-elles appropriées? (4) une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'absence de directives du juge de première instance au jury sur l'usage qui, en droit, pouvait être fait de la preuve de bonne moralité de l'appellant?

*Arrêt* (les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest: L'article 577 du *Code criminel* devrait recevoir une interprétation large; les termes «pendant tout son procès» signifient cela justement. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code criminel* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1). Les dispenses accordées par le juge dans cette affaire ne constituaient pas un prolongement dans la salle d'audience de la procédure préparatoire au procès prévue par le par. 577(1).

Dans le cas de la sélection du jury, la compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour s'assurer de l'impartialité du jury. La *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est compatible avec cette interprétation de l'étendue de la compétence provinciale. L'équilibre du système complet établi par le *Code criminel* dans le but d'assurer qu'un jury sera aussi neutre que possible et de garantir que les parties et le public en général seront convaincus de son impartialité, serait perturbé par toute addition provenant d'une autre source. La province ne peut confier au juge le pouvoir de décider de la partialité ou de l'impartialité et tout juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la

that it mandates a new trial, even if no prejudice to the accused can be shown.

Both the accused and the public must perceive the proceedings to be fair; both would have difficulty seeing a private conference between judge and juror after the charges had been read and a plea entered as an administrative matter that did not affect the accused's right to a fair trial. The decision should not turn solely on the technical definition of when the trial began. Even if the excusal can be seen as a purely administrative act, the public expectation of the judicial role in these circumstances requires the judge to execute the administrative task judicially. The judge must allow counsel to participate and the public to know the reasons for the decision.

Sections 598, 599 and 600 do not apply here. The import of ss. 598 and 599 is that an irregularity of form which does not affect the substance of a trial cannot be used to challenge the result. These sections cannot cure doubts as to the impartiality of the jury and the appearance of justice. Section 569(2) requires all questions of partiality to be decided by the two jurors sworn for that purpose, and accordingly, s. 600 does not authorize the judge to perform this function.

All of the jurors excused on grounds of partiality cannot be assumed to be partial to the Crown. The grounds of partiality the trial judge used to exclude them were not known and could only be a matter of speculation. The trial judge's screening, too, could not be assumed to have helped the accused without impairing the ability to challenge for cause later. It is quite possible that jurors partial to the Crown or accused could have slipped through the screening process.

*Per McIntyre and Le Dain JJ. (dissenting):* The appellant was not present at the selection of panel members prior to jury selection in that neither he nor his counsel was permitted to hear the examination.

The examination of the panel members claiming exemption was not conducted "during" the trial. While anything that occurs in the course of the courtroom proceedings which could involve the accused's vital interests should constitute part of the trial, not every step in the long process leading to the ultimate verdict will be

fonction de juré établie par le par. 569(2). Une usurpation de ce genre constitue une erreur de droit si grave de la part du juge, qu'elle oblige à ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de démontrer l'existence d'un préjudice pour l'accusé.

L'accusé et le public doivent avoir l'impression que la procédure est équitable; ils verraient difficilement dans les échanges à voix basse du juge et d'un juré, après l'interpellation et l'inscription d'un plaidoyer, une question administrative qui n'influe pas sur le droit de l'accusé à un procès équitable. La décision ne saurait être fondée uniquement sur la définition technique du moment où commence le procès. Même si la libération d'un juré peut être perçue comme un acte purement administratif, les attentes du public en ce qui concerne la fonction judiciaire dans ces circonstances exigent que le juge exerce judiciairement cette tâche administrative. Le juge doit autoriser la participation des avocats et permettre au public de connaître les motifs de sa décision.

Les articles 598, 599 et 600 ne s'appliquent pas ici. Les articles 598 et 599 signifient qu'on ne peut avoir recours à un vice de forme qui n'a pas influé sur le fond du procès pour en contester le résultat. Ces articles ne remédient pas aux doutes soulevés quant à l'impartialité du jury ni quant à savoir si justice paraît avoir été rendue. En vertu du par. 569(2), toutes les questions de partialité doivent être tranchées par deux jurés assermentés à cette fin; par conséquent, l'art. 600 n'autorise pas le juge à exercer cette fonction.

Il ne peut être présumé que tous les jurés libérés pour cause de partialité étaient partiaux en faveur du ministère public. Les motifs de partialité pour lesquels le juge a exclu les jurés ne sont pas connus et ne peuvent que faire l'objet de conjectures. Il ne peut être présumé non plus que le tamisage par le juge a aidé l'accusé sans nuire à un exercice ultérieur du droit de récusation motivée. Il est fort possible que le processus de tamisage n'ait pas permis d'écarter certains jurés favorables au ministère public ou à l'accusé.

*Les juge McIntyre et Le Dain (dissidents):* L'appelant n'était pas présent à la sélection du tableau des membres en vue de la sélection du jury, puisque ni lui ni son avocat n'ont pu entendre ce qui se disait lors de l'interrogatoire.

L'interrogatoire des membres du tableau qui demandaient une dispense n'a pas eu lieu «pendant» le procès. Si tout événement survenu à l'audience qui est susceptible de mettre en cause les intérêts vitaux de l'accusé devrait faire partie intégrante du procès, ce ne sont pas toutes les étapes du long processus qui conduit ultime-

part of the trial for the purposes of s. 577. The accused's rights under s. 577 of the *Criminal Code* will be violated if the trial judge examines a juror for partiality in the absence of the accused after the jury has been empanelled. But, the situation is profoundly different if the trial judge examines jurors for partiality prior to the jury selection process under the *Code*.

There are two distinct steps involved in providing a jury to try an individual case. The first, which involves assembling the jury panel from which individual juries are to be selected, is governed by provincial law. The accused has no interest in the process, save the interest of any citizen in the due administration of the law. The second is governed by ss. 558 to 571 of the *Code* and involves the selection from the jury panel of a jury to try a particular case. The course taken by the trial judge was quite proper for his inquiry of panel members was part of the first step of the jury process and could not affect the vital interests of the accused touching on the question of guilt or innocence.

The word "person" in s. 110(1)(d) of the *Criminal Code* must be read in the light of s. 2 of the *Code*. The Nova Scotia Liberal Association clearly falls within the meaning of "society" found in that section and accordingly is a person for the purposes of s. 110(1)(d).

The evidence directly admissible against each of the three conspirators differed in some particulars. There was evidence upon which the jury could conclude that a conspiracy did exist and much of the evidence, as it would apply to each individual charged, would be hearsay. The hearsay exception was therefore available to the Crown if the jury, on a consideration of the evidence directly admissible against each individual, had reached a conclusion as to membership in the conspiracy in respect of each of the accused. The jury was properly instructed as to their duties in this respect.

Evidence of appellant's good reputation and character was clearly put before the jury and was emphasized and given fair treatment by the trial judge. While not directly stated by the trial judge, the jury must have been aware that they could consider the evidence as relevant to show that the appellant was not likely to have committed the crime with which he was charged. No miscarriage of justice occurred with respect to the charge as a whole because of what at best was a technical non-direction.

ment au verdict, qui font partie du procès aux fins de l'art. 577. Les droits que confère à l'accusé l'art. 577 du *Code criminel* seront violés si le juge de première instance interroge un juré afin de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé et après la formation du jury. Mais la situation est fort différente si le juge interroge des jurés afin de vérifier leur impartialité, avant la sélection du jury selon la procédure prévue par le *Code*.

La formation d'un jury chargé d'entendre une affaire donnée comporte deux étapes distinctes. La première étape, qui consiste à constituer le tableau à partir duquel sera sélectionné chaque juré, est régie par la loi provinciale. L'accusé n'a d'autre intérêt dans cette procédure que celui que tout citoyen a dans la bonne application de la loi. La seconde étape est régie par les art. 558 à 571 du *Code* et consiste à sélectionner, à même le tableau des jurés, un jury chargé d'entendre une affaire donnée. La ligne de conduite adoptée par le juge de première instance était tout à fait régulière, car son interrogatoire des membres du tableau faisait partie de la première étape du processus de formation du jury et n'avait pas d'incidence sur l'intérêt vital de l'accusé quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Le terme «personne», à l'al. 110(1)d) du *Code criminel*, doit être interprété en fonction de l'art. 2 du *Code*. L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est clairement visée par le terme «société» que l'on trouve à cet article et, par conséquent, elle est une personne pour les fins de l'al. 110(1)d).

Les éléments directement admissibles contre chacune des trois parties au complot différaient à certains égards. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure qu'il y avait bien eu complot et une grande partie des éléments de preuve produits, en ce qui concerne chaque individu inculpé, était du ouï-dire. Le ministère public pouvait donc se prévaloir de l'exception à la règle du ouï-dire si le jury, après examen des éléments de preuve directement admissibles contre chaque individu, avait conclu, relativement à chaque accusé, qu'il était partie au complot. Le jury a reçu des directives appropriées quant à ses fonctions à cet égard.

Le jury a été clairement saisi de la preuve de la bonne réputation et moralité de l'appellant et le juge de première instance l'a soulignée et traitée équitablement. Bien que le juge de première instance ne l'ait pas affirmé directement, le jury doit avoir eu conscience qu'il lui était loisible de juger que cette preuve démontrait qu'il était peu vraisemblable que l'appellant ait commis le crime dont il était accusé. Il n'y a pas eu erreur judiciaire sur l'ensemble des directives par suite de ce qui, au mieux, n'était qu'une absence technique de directive.

## Cases Cited

By Dickson C.J.

**Considered:** *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinguished:** *R. v. Hubbert*, [1977] 2 S.C.R. 267, aff'g (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **referred to:** *Guérin v. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] S.C.R. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

By McIntyre J. (dissenting)

*R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

## Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(14).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d), 423(1)(d), 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), 618(1)(b).  
*Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(1), (2).

## Authors Cited

Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, dismissing an appeal from conviction by Burchell J. sitting with jury. Appeal allowed, (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting).

*Austin M. Cooper, Q.C.*, and *Mark J. Sandler*, for the appellant.

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts examinés:** *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Hubbert*, [1977] 2 R.C.S. 267, conf. (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **arrêts mentionnés:** *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] R.C.S. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, conf. [1966] R.C.S. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

*R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

## Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d, 423(1)d, 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)b(iii), 618(1)b).  
*Juries Act*, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(1), (2).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14).

## Doctrines citées

Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Burchell siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents.

*Austin M. Cooper, c.r.*, et *Mark J. Sandler*, pour l'appellant.

*Kenneth W. F. Fiske, and John D. Embree, for the respondent.*

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in this appeal, and the only issue with which I intend to deal at length, is whether the examination under oath of the jury panel by the trial judge in the absence of the appellant and his counsel, respecting potential claims for exemption from jury duty, vitiated the appellant's trial.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I agree with his statement of the facts.

I

### The Jury Selection

At the opening of the trial the appellant was arraigned before an assembled jury panel and entered a plea of not guilty on the charge before the court. The trial judge then, in the following terms, invited the members of the jury panel to claim exemptions on grounds which included potential partiality:

Members of the jury panel, you've just witnessed the procedure under which the two accused persons in this case, have been arraigned and you've heard the charge against them, and you've also heard their pleas of not guilty to the charge, in each case. Now, we will later this morning, be proceeding to select a Jury of twelve, who will try this case, which I may say, is the only case on the docket for which you have been called. It's usual at this time, however, to invite members of the jury panel to come forward and claim exemption if there's any circumstance, such as relationship to one of the accused, or other involvement with the case, that would prevent the Juror from serving impartially in the case. To that usual call for exemption claims, there are several matters I must add in this case. The first is, that there has been in the press and in the broadcast media considerable publicity about this case and I advise you that if exposure to that publicity in your opinion, would operate to prevent you from being impartial in this case, then you should come forward on that ground, as well as others I've mentioned and claim exemption, and the

*Kenneth W. F. Fiske, et John D. Embree, pour l'intimée.*

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le principal point litigieux dans le présent pourvoi, et le seul que j'entends traiter à fond, est de savoir si l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés, auquel le juge de première instance a procédé en l'absence de l'appelant et de son avocat, concernant d'éventuelles demandes de dispense de siéger au jury, a entaché de nullité le procès de l'appelant.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge McIntyre, et je souscris à son exposé des faits.

d

I

### La formation du jury

À l'ouverture du procès, l'appelant a été interpellé devant les membres du tableau des jurés assignés et a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité relativement à l'accusation dont la cour était saisie. Le juge de première instance a alors, dans les termes suivants, invité les membres du tableau des jurés à demander une dispense, le cas échéant, notamment pour cause d'éventuelle partialité:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs du tableau des jurés, vous venez d'assister à la procédure d'interpellation, dans ce cas-ci, de deux accusés; vous avez entendu l'accusation portée contre eux et vous avez aussi entendu leur plaidoyer de non-culpabilité dans les deux cas. Bon, nous procéderons plus tard ce matin à la formation d'un jury de douze personnes qui auront à juger cette affaire qui, si je puis me permettre, constitue la seule au rôle pour laquelle vous avez été assignés. Toutefois, il est d'usage, à ce moment-ci, d'inviter les membres du tableau des jurés à s'avancer et à demander une dispense si, pour une raison ou une autre, comme par exemple l'existence d'un lien de parenté avec l'un des accusés ou quelque autre implication dans cette affaire, le juré ne peut exercer cette fonction avec impartialité. Aux demandes de dispense habituelles, je me dois d'ajouter plusieurs autres choses en l'espèce. En premier lieu, la presse tant écrite que parlée a donné une publicité considérable à cette affaire, aussi est-il de mon devoir de vous dire que si l'influence de cette publicité, à votre avis, est de nature à vous empêcher d'être impartial dans

other matter that I want to bring to your attention in inviting claims for exemption, is that it's anticipated that this case will last from four to six weeks and that, in some instances, may create special hardship and that can be a basis on which you may now claim exemption. So with those words of explanation I invite persons claiming exemption in this case, now to come forward. You will be sworn and I will consider the basis of your claim and deal with it. [Emphasis added.]

The judge then proceeded to swear the jurors and considered claims for exemption advanced by members of the jury panel in the courtroom but out of earshot of all counsel and the accused. Counsel for Senator Barrow made objection to the procedure in the following terms:

I have just one very respectful submission to make to your Lordship. I realize there may be some very personal claims for exemption that would be none of my business, and I wouldn't want to listen to it, but since your Lordship invited the members of the Jury who might feel that they couldn't be impartial by reason of publicity to claim exemption on that basis, if some claim for exemptions made on that basis, I am wondering whether, my Lord, that shouldn't be a claim that we should be able to listen to. I am in your Lordship's hands as to that. [Emphasis added.]

The judge advised counsel that he was prepared to note the grounds of exemption but declined to depart from the procedure adopted. As appears from the judgment of the Appeal Division, the judge considered claims for exemption on behalf of members of the jury panel and granted thirty-six exemptions. The jury panel had consisted of eighty-three members. After all exemptions had been granted, the panel had been reduced to forty-seven persons. The record does not state whether any exemptions were refused.

## II

### The Judgment of the Appeal Division

The decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, reported at (1984), 65

*cette affaire*, vous devriez, autant pour ce motif que pour les autres que je viens de mentionner, vous avancer et demander une dispense; et l'autre point sur lequel je veux attirer votre attention, en vous invitant à demander une dispense, est que l'on s'attend à ce que ce procès dure de quatre à six semaines et que, dans certains cas, cela puisse occasionner des difficultés particulières, ce qui peut être une raison de demander, maintenant, une dispense. Bien, c'est avec ces explications que j'invite maintenant ceux qui veulent demander une dispense à s'avancer. Vous allez prêter serment, puis je vais examiner le fondement de votre demande et statuer sur celle-ci. [Je souligne.]

Le juge a alors fait prêter serment aux jurés et examiné les demandes de dispense de certains membres du tableau des jurés, dans la salle d'audience mais sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait. L'avocat du sénateur Barrow s'est opposé à la procédure dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je n'ai qu'une observation, très respectueuse, à faire votre Seigneurie. Je comprends qu'il puisse y avoir des demandes de dispense fort personnelles qu'il ne m'appartient pas de connaître, et je ne veux pas les entendre, mais puisque votre Seigneurie a invité les membres du jury qui pourraient se sentir incapables d'être impartiaux en raison de la publicité qui a entouré cette affaire, à demander une dispense, si certains devaient demander une dispense pour cette raison, je me demande si, votre Seigneurie, nous ne devrions pas être autorisés à les entendre. Je m'en remets à votre Seigneurie à cet égard. [Je souligne.]

Le juge a répondu à l'avocat qu'il était prêt à prendre note des causes de dispense, mais il a refusé de s'écarter de la procédure adoptée. Comme le montre l'arrêt de la Division d'appel, le juge, après examen des demandes de dispense des membres du tableau des jurés, a accordé trente-six dispenses. Le tableau des jurés était formé de quatre-vingt-trois membres. Une fois toutes les dispenses octroyées, le tableau s'est trouvé réduit à quarante-sept personnes. Le dossier ne dit pas si certaines dispenses ont été refusées.

## II

### L'arrêt de la Division d'appel

L'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, publié à (1984), 65

N.S.R. (2d) 1, referred to s. 577(1) of the *Criminal Code* which reads:

577. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

The Appeal Division was satisfied that neither Senator Barrow nor his counsel was able to hear the examination conducted by the trial judge and, in such circumstances, Senator Barrow was effectively deprived of his right and duty to be present. Being present included being able to hear the proceedings. The Appeal Division then turned to the question of whether Senator Barrow had been denied the right to be present during his trial. His counsel submitted that the trial commenced with arraignment and plea; the Crown submitted that at the time of the examination the jury of twelve had not been empanelled, the appellant had not been placed in charge of the jury, and the trial had not commenced.

The Appeal Division referred to several authorities and concluded that (i) a trial does not commence until after a plea is entered; (ii) the call for exemptions by the judge took place after plea and would therefore seem to be part of the trial proceedings, at least for the purposes of s. 577 of the *Code*; (iii) it has been the practice in Nova Scotia under s. 4(2) of the *Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, to exercise a wide discretion in granting exemptions from jury duty, "at least before arraignment". (Section 4(2) reads: "The judge presiding at a session or the Chief Justice may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of the person.")

The Appeal Division then noted that in this case the trial judge saw fit to examine the jurors out of earshot of all counsel and the accused and in following that process he indeed exempted thirty-six jurors. It said at p. 10:

N.S.R. (2d) 1, mentionne le par. 577(1) du *Code criminel* qui porte:

577. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès.

La Division d'appel était convaincue que ni le sénateur Barrow ni son avocat n'ont pu entendre l'interrogatoire auquel a procédé le juge de première instance et que, dans ces circonstances, il y avait effectivement atteinte au droit et au devoir du sénateur Barrow d'être présent. Être présent signifiait aussi pouvoir entendre ce qui se disait. La Division d'appel s'est alors demandée s'il y avait eu atteinte au droit du sénateur Barrow d'être présent à son procès. Son avocat a fait valoir que le procès commençait avec l'interpellation et le plaidoyer; le ministère public a soutenu qu'au moment de l'interrogatoire les douze jurés n'avaient pas encore été choisis pour former le jury, que le sort de l'appelant n'avait pas été confié au jury et que le procès n'avait pas commencé.

La Division d'appel, après avoir mentionné plusieurs précédents, a conclu (i) qu'un procès ne commence qu'après l'inscription d'un plaidoyer, (ii) que l'invitation par le juge à demander des dispenses a été faite après le plaidoyer et semblerait donc faire partie intégrante du procès, à tout le moins pour les fins de l'art. 577 du *Code*, (iii) qu'il est d'usage en Nouvelle-Écosse, en vertu du par. 4(2) de la *Juries Act*, S.N.S. 1969, chap. 12, d'exercer un large pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des dispenses de remplir la fonction de jury, [TRADUCTION] «à tout le moins avant l'interpellation». (Voici le texte du par. 4(2): [TRADUCTION] «Le juge qui préside une session ou le juge en chef peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte.»)

La Division d'appel a alors noté qu'en l'espèce le juge de première instance avait jugé bon d'interroger les jurés sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait et que c'est en procédant ainsi qu'il avait accordé une dispense à trente-six jurés. Elle dit, à la p. 10:



If this matter had ended at this point we would have grave reservations as to the validity of the judge's actions.

#### The Appeal Division continued:

However, following this procedure defence counsel were then given the right to challenge all jurors for cause and all remaining jurors were challenged for cause and underwent a trial by two other jurors to determine their partiality. Consequently, the defence was given every opportunity to explore the question of impartiality with each juror. In these circumstances we cannot see how any possible prejudice could have been suffered by the appellant accused. Indeed his privileges were emphasized both by the court and by counsel. The judge eliminated any juror whom he thought had any semblance of partiality and the appellant accused was able subsequently to further screen the jury by way of challenge for cause to determine whether or not the jurors were impartial. In these circumstances and indeed even giving the liberal construction to the process with respect to s. 577 of the Code recommended by Dickson J. in *R. v. Basarabas*, supra, we have come to the conclusion that the vital interests of the appellant were never jeopardized and that there was no denial of any fundamental right. In our opinion the practice followed by the trial judge was eminently fair to the accused person. There was no error on the part of the trial judge in examining under oath the members of the jury panel with respect to claims for exemption that would vitiate the trial.

### III

With the greatest of respect, I disagree with the reasoning of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Like the Appeal Division, I have grave reservations about the propriety of the procedure followed by the trial judge. Unlike the Appeal Division, I do not think that the breach of the appellant's right to be present was cured by the later opportunity afforded the accused, pursuant to the *Criminal Code*, to challenge the remaining jurors for cause. An inquiry of that sort may be appropriate to decide whether, an error having been made, that error can be cured under s. 613(1)(b)(iii). It is not relevant to the determination of whether an error has occurred in the first place. I think there was an error, a breach of s. 577(1), and for reasons which I will make clear, I

[TRADUCTION] Si les choses en étaient restées là, nous aurions de sérieux doutes sur la validité des actes du juge.

#### a La Division d'appel poursuit:

[TRADUCTION] Toutefois, à la suite de cette procédure, les avocats de la défense ont pu exercer leur droit de récusation motivée à l'égard de tous les jurés, et tous les jurés qui restaient ont fait l'objet d'une récusation motivée, deux autres jurés ayant été chargés de déterminer s'ils étaient impartiaux. Par conséquent, la défense a eu toutes les chances voulues de vérifier l'impartialité de chaque juré. Dans ces circonstances, nous ne voyons pas quel préjudice aurait pu éventuellement subir l'accusé appellant. D'ailleurs, ses privilèges ont été soulignés tant par la cour que par ses avocats. Le juge a éliminé tout juré qui, selon lui, avait fait preuve du moindre semblant de partialité et l'accusé appellant a pu, par la suite, passer à nouveau le jury au crible de la récusation motivée, afin de déterminer l'impartialité des jurés. Dans ces circonstances, et même en donnant l'interprétation libérale au processus dont il est question à l'art. 577 du Code, que recommande le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Basarabas*, précité, nous en venons à la conclusion que les intérêts vitaux de l'appellant n'ont jamais été menacés et qu'il n'y a eu aucune dénégation d'un droit fondamental quelconque. À notre avis, la pratique suivie par le juge de première instance était parfaitement équitable envers l'accusé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible d'entacher de nullité le procès en interrogeant sous serment les membres du tableau des jurés sur les demandes de dispense.

### III

g Avec toute la déférence qui s'impose, je ne saurais souscrire au raisonnement de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Comme elle, j'ai de sérieux doutes sur la justesse de la procédure suivie par le juge de première instance. Mais, contrairement à la Division d'appel, je ne pense pas qu'on a remédié à la violation du droit de l'appellant d'être présent en lui donnant par la suite, conformément au *Code criminel*, la possibilité d'exercer son droit de récusation motivée des jurés restants. Ce genre de démarche peut être approprié pour décider si une erreur commise peut être réparée en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii). Cela n'est d'aucune utilité pour décider si, au départ, il y a eu erreur. Je pense qu'il y a eu erreur, soit une violation du par. 577(1), et

do not think that the error can be cured by s. 613(1)(b)(iii).

### 1. *Section 577 of the Criminal Code*

The appellant submits that s. 577(1) of the *Criminal Code* not only entitles, but requires, an accused to be "present" at his trial for a criminal offence. The right and duty to be present is fundamental. It is further submitted that the examination of members of the jury panel under oath was part of the "trial" for the purposes of s. 577(1) and that the inability of the accused and his counsel to hear the exchanges between the judge and the panel members claiming exemption effectively ensured that the accused was not "present" for that part of his trial. It is therefore necessary to consider whether the trial of the accused had begun at the time the judge examined the jurors.

*Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730, raised a similar question: when does a trial before a jury begin for the purposes of s. 573 of the *Code*? That section permits a judge to discharge a juror where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act. At the trial of the two appellants in that case a juror was discharged pursuant to s. 573 after the jury had been empanelled but before the accused had been put in charge of the jury and before any evidence had been called. The Crown contended that the juror was discharged "in the course of" the trial. The accused said that a jury trial did not commence at least until the time at which the accused was put in charge of the jury. This Court held unanimously that (i) the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied; (ii) subject to s. 573, an accused in a criminal jury trial is entitled to be tried by twelve jurors and is entitled to the unanimous verdict of twelve jurors unless and until "in the course of a trial" the judge is satisfied that a juror should not continue to act; (iii) in so far as s. 573 deprived an accused of his common law right to the unanimous verdict of twelve persons, it

pour les motifs que je vais expliquer, je ne pense pas que cette erreur puisse être réparée par le sous-al. 613(1)b(iii).

### a 1. *L'article 577 du Code criminel*

L'appelant soutient que le par. 577(1) du *Code criminel* ne fait pas que permettre, mais il exige aussi que l'accusé soit «présent» au procès qu'il subit relativement à une infraction criminelle. Le droit et le devoir d'être présent sont fondamentaux. On soutient, en outre, que l'interrogatoire sous serment des membres du tableau des jurés faisait partie intégrante du «procès» pour les fins du par. 577(1), et que l'impossibilité pour l'accusé et son avocat d'entendre les propos échangés entre le juge et les membres du tableau qui demandaient une dispense a vraiment fait que l'accusé n'était pas «présent» pendant cette partie de son procès. Il est donc nécessaire d'examiner si le procès de l'accusé était commencé au moment où le juge a interrogé les jurés.

L'affaire *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730, soulevait une question semblable: quand un procès devant jury commence-t-il pour les fins de l'art. 573 du *Code*? Cet article autorise un juge à libérer un juré lorsque, au cours du procès, il est convaincu que le juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger. Au procès des deux appelantes dans cette affaire, un juré avait été libéré conformément à l'art. 573 après que le jury eut été constitué, mais avant que le sort des accusées ne lui ait été confié et que la présentation d'éléments de preuve ait commencé. Le ministère public a soutenu que le juré avait été libéré «au cours» du procès. Les accusées ont allégué qu'un procès devant jury ne commence que lorsque le sort d'un accusé est confié au jury. Cette Cour a jugé à l'unanimité que: (i) le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique; (ii) sous réserve de l'art. 573, l'accusé dans un procès criminel devant jury a le droit d'être jugé par douze jurés et a aussi droit à un verdict unanime des douze jurés, à moins qu'«au cours d'un procès» le juge ne soit convaincu qu'un juré ne devrait pas continuer à siéger; (iii) dans la mesure où l'art. 573 prive l'accusé du droit

should be narrowly construed; (iv) the words "continue to act" in s. 573 suggested that the jury had been acting *qua* jury before the discharge of the juror. In the result, and in the context of s. 573 of the *Code*, the Court held that the weight of authority supported the position that a jury trial commenced when the accused had been placed in charge of the jury.

In the course of the *Basarabas* judgment, however, reference was made to the section of the *Code* in issue in the present appeal. After noting that the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied, the Court continued, at p. 740:

Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

The reason for varying starting points is that different sections of the *Code* protect different interests. Section 573 allows the judge to remove a juror who for some reason is unable to continue, but the removal of a juror is a very serious matter. An accused has the right to be tried by twelve jurors (ss. 560(5) and 572(1)) and every effort must be made to avoid a jury of less than twelve members. If the jury has heard no evidence, as in *Basarabas*, then a juror can be replaced and s. 573 should not be used. "Trial" there refers to the heart of the trial, the presentation of evidence before the trier of fact. Section 577, however, protects different interests and in my opinion should be given an expansive reading. The words "whole of the trial" mean just that, the whole of the trial.

au verdict unanime de douze personnes, que lui accorde la *common law*, il doit être interprété restrictivement; (iv) les termes «continuer à siéger» de l'art. 573 laissent entendre que le jury agissait déjà à titre de jury avant la libération du juré. <sup>a</sup> Finalement, et dans le contexte de l'art. 573 du *Code*, la Cour a jugé que la jurisprudence dominante appuyait le point de vue selon lequel un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé est confié au jury. <sup>b</sup>

Toutefois, dans l'arrêt *Basarabas*, on mentionne l'article du *Code* qui est en cause dans le présent pourvoi. Après avoir fait observer que le moment <sup>c</sup> où débute un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique, la Cour poursuit, à la p. 740:

Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans <sup>e</sup> un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui <sup>f</sup> s'applique.

La raison pour laquelle le moment où débute le procès peut varier est que différents articles du *Code* protègent des intérêts différents. L'article <sup>g</sup> 573 permet au juge de destituer un juré qui, pour une raison quelconque, est incapable de continuer à siéger, mais la destitution d'un juré est une affaire fort sérieuse. L'accusé a le droit d'être jugé par douze jurés (par. 560(5) et 572(1)), aussi tout <sup>h</sup> doit être fait pour éviter de se retrouver avec un jury de moins de douze membres. Si le jury n'a été saisi d'aucune preuve, comme c'était le cas dans l'affaire *Basarabas*, il est possible de remplacer un <sup>i</sup> juré et on ne devrait pas avoir recours à l'art. 573. Le terme «procès» qu'on y trouve vise le cœur du procès, la présentation de la preuve devant le juge des faits. Cependant, l'art. 577 protège des intérêts différents et, à mon avis, devrait recevoir une <sup>j</sup> interprétation large. L'expression «pendant tout son procès» signifie cela justement, l'ensemble du procès.

In my view the examination of prospective jurors by the trial judge, relating in part to their impartiality and following arraignment and plea, formed part of the trial for the purposes of s. 577. This conclusion is supported by several cases which have emphasized the centrality of an impartial jury to a fair trial.

In *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x, one of the questions raised was whether a judge's examination in chambers of two jurors concerning anonymous phone calls, and with only counsel present, breached the right of the accused to be present and thus vitiated the trial. Martin J.A. delivered the judgment of the Court of Appeal and adverted to the "fundamental principle" of the criminal law that a person charged with an indictable offence is entitled, indeed required, by s. 577 to be personally present at his trial. For the purpose of this principle "trial" means the entire proceedings, including sentence. Martin J.A. continued, at p. 527:

Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty. [Emphasis added.]

The following two passages are also relevant, at p. 537:

The essential reason the accused is entitled to be present at his trial is that he may hear the case made out against him and, having heard it, have the opportunity of answering it: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. The right of the accused to be present at his trial,

À mon avis, l'interrogatoire des jurés éventuels sur leur impartialité notamment, auquel le juge de première instance a procédé après l'interpellation et le plaidoyer, faisait partie intégrante du procès pour les fins de l'art. 577. Cette conclusion s'appuie sur plusieurs décisions qui ont souligné l'importance primordiale d'un jury impartial pour qu'il y ait procès équitable.

Dans l'arrêt *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x, l'une des questions soulevées était de savoir si l'interrogatoire de deux jurés auquel un juge avait procédé dans son cabinet au sujet d'appels téléphoniques anonymes, en présence des seuls avocats, violait le droit des accusés d'être présents à leur procès et avait donc pour effet d'entacher de nullité ce procès. Le juge Martin, auteur de l'arrêt de la Cour d'appel, parle du [TRADUCTION] «principe fondamental» du droit criminel portant que la personne inculpée d'un acte criminel a le droit, et même le devoir, en vertu de l'art. 577, d'être personnellement présente à son procès. Aux fins de ce principe, le terme «procès» s'entend de l'ensemble de l'instance, y compris le prononcé de la sentence. Le juge Martin poursuit, à la p. 527:

[TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer: voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme «procès», aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable. [Je souligne.]

Les deux passages suivants, que l'on trouve à la p. 537, sont aussi pertinents:

[TRADUCTION] La raison essentielle pour laquelle l'accusé a le droit d'être présent à son procès est de lui permettre d'entendre la preuve qui pèse contre lui, et, après l'avoir entendue, d'avoir la possibilité d'y répondre: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. Le droit

however, also gives effect to another principle. Fairness and openness are fundamental values in our criminal justice system. The presence of the accused at all stages of his trial affords him the opportunity of acquiring first-hand knowledge of the proceedings leading to the eventual result of the trial. The denial of that opportunity to an accused may well leave him with a justifiable sense of injustice. Indeed, in my view, an examination of the Canadian decisions shows that the latter principle is, in fact, the implicit and overriding principle underlying those decisions.

... the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests.

In the result the Court of Appeal held that the appellants were entitled to be present to hear from the jurors' own lips whether they were affected by those telephone calls and whether the calls prevented them from continuing to discharge their duties as jurors. This conclusion, Martin J.A. said, is consistent in principle with the Canadian decisions, the course followed in the two Australian decisions mentioned by him in the course of his judgment and the weight of judicial opinion in the United States. Martin J.A. found this persuasive, although he added at pp. 539-40 that "the force of that [American] opinion is somewhat diminished by the fact that the American courts frequently apply the 'harmless error rule' where the right of a defendant to be present at all stages of his trial has been infringed. By contrast, s. 577 and the jurisprudence surrounding it precludes the application of any such rule in Canada".

In *Hertrich*, Martin J.A. conducted an admirable survey of the American case law on this subject and concluded that in that country as well the accused has a right to be present during any examination of a juror as to his or her impartiality. A distinction is drawn in the United States, how-

de l'accusé d'être présent à son procès, toutefois, fait aussi entrer en jeu un autre principe. L'équité et la transparence sont des valeurs fondamentales de notre justice criminelle. La présence de l'accusé à tous les stades de son procès lui donne la possibilité de prendre directement connaissance de la procédure conduisant au résultat éventuel du procès. Refuser à l'accusé cette possibilité peut fort bien lui faire éprouver un sentiment légitime d'injustice. Et même, à mon avis, l'examen de la jurisprudence canadienne montre que ce dernier principe est, en fait, le principe implicite mais prépondérant qui sous-tend cette jurisprudence.

... la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux.

Enfin, la Cour d'appel a jugé que les appelants avaient le droit d'être présents pour entendre de la bouche même des jurés si ces appels téléphoniques avaient eu quelque influence sur eux et les empêchaient de continuer à exercer leurs fonctions de juré. Cette conclusion, de dire le juge Martin, est en principe conforme à la jurisprudence canadienne, à la ligne de conduite adoptée dans les deux décisions australiennes qu'il mentionne dans son arrêt et à l'opinion dominante des tribunaux américains. Le juge Martin y voit là un argument persuasif, quoiqu'il ajoute, aux pp. 539 et 540, que [TRADUCTION] «la force de cette opinion [américaine] se trouve en quelque sorte diminuée par le fait que les tribunaux américains appliquent fréquemment la «règle de l'erreur non préjudiciable» lorsque le droit d'un défendeur d'être présent à tous les stades de son procès a été enfreint. Par contre, l'art. 577 et la jurisprudence qui l'entoure empêchent d'appliquer une règle de ce genre au Canada».

Dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Martin a fait une étude admirable de la jurisprudence américaine sur le sujet pour conclure que dans ce pays aussi l'accusé a le droit d'être présent au cours de tout interrogatoire d'un juré concernant son impartialité. Aux États-Unis, on fait cependant la distinc-

ever, between exemptions claimed on grounds of partiality and those claimed on essentially private grounds of hardship, illness, and the like. In the latter instances, the examination by the judge has been held to be outside the scope of the trial (*Hertrich*, p. 534). Of course, this was precisely the distinction advanced by the defence counsel at the trial of the instant case. He objected to the trial judge's course of action only in the case of jurors claiming exemption on grounds of prejudice.

As Martin J.A. suggests, the weight of authority both in Canada and in the United States supports the contention of the appellant that the questioning under oath of jurors as to their possible partiality is a part of the trial. The appellant therefore had a right to be present, a right which must include the right to hear the proceedings.

Martin J.A. in *Hertrich* identified two important principles that underlie s. 577. First, the accused is present to hear the case he or she faces and is thereby able to put forward a defence. Second, the accused sees the entire process by which he or she is tried and is able to see that the correct procedure is followed and the trial fair. For Martin J.A., the second principle was the more important one. I agree with him that this second value is of enormous importance to the perceived fairness of the Canadian criminal justice system. The sight of a judge conferring in private with jurors on issues that go to the partiality of the trier of fact can only prompt cynicism in an accused. It should be avoided.

The question of what is included in the trial for purposes of s. 577(1) was also addressed by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2. Justice Lamer for the Court held that the right to be present at trial included the right to be present at an examination of jurors for partiality after the trial had begun. Adopting the reasoning of Martin J.A. in *Hertrich*, Lamer J. held that the test of what should be included in "trial" was not limited to the presentation of the case against the accused and to matters that directly affected

tion entre les dispenses demandées pour cause de partialité et celles demandées pour des raisons essentiellement personnelles: difficultés particulières, maladie et ainsi de suite. Dans ces derniers cas, on a jugé que l'interrogatoire par le juge n'avait rien à voir avec le procès lui-même (*Hertrich*, à la p. 534). Il va de soi que c'est précisément la distinction que propose l'avocat de la défense en l'espèce. Il ne s'est opposé à la conduite du juge qu'en ce qui a trait aux jurés qui demandaient une dispense pour cause de préjugés.

Comme le juge Martin le laisse entendre, la jurisprudence dominante tant au Canada qu'aux États-Unis appuie la prétention de l'appelant que l'interrogatoire sous serment des jurés concernant leur éventuelle partialité fait partie intégrante du procès. L'appelant avait donc le droit d'être présent, ce qui inclut nécessairement le droit d'entendre ce qui se dit.

Le juge Martin, dans l'arrêt *Hertrich*, dégage deux principes importants qui sous-tendent l'art. 577. En premier lieu, l'accusé est présent pour entendre la preuve qui pèse contre lui et il est ainsi en mesure d'opposer une défense. En second lieu, l'accusé assiste au déroulement de l'ensemble de la procédure suivie pour le juger et il peut s'assurer qu'elle est correcte et que le procès est équitable. Pour le juge Martin, le second principe est le plus important. Je suis d'accord avec lui pour dire que cette seconde valeur revêt une importance considérable pour la perception que l'on peut avoir de l'impartialité de la justice criminelle canadienne. La vue d'un juge s'entretenant en privé avec les jurés de questions touchant la partialité du juge des faits, ne peut que désillusionner un accusé. Cela devrait être évité.

La question de savoir ce que comprend le procès aux fins du par. 577(1) a également été abordée par cette Cour dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Le juge Lamer y a affirmé, au nom de la Cour, que le droit d'être présent à son procès comprend le droit d'être présent à l'interrogatoire des jurés auquel on procède en vue de vérifier leur impartialité, une fois le procès commencé. Adoptant le raisonnement du juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Lamer a conclu que le critère applicable pour déterminer ce

the decision as to guilt or innocence, such as rulings on the admissibility of evidence. For Lamer J., s. 577(1) is triggered whenever the "vital interests" of the accused are at stake, or as Martin J.A. put it in *Hertrich*, when a decision bears on the "substantive conduct of the trial." Any question about the partiality of the jurors individually or the jury as a whole reflects on the substantive conduct of the trial and must be dealt with in the presence of the accused. The accused has a right to a fair trial as well as a right to hear the case and make a defence. Section 577(1) protects both rights. In both *Hertrich* and *Vézina and Côté*, s. 577(1) was infringed when the judge examined jurors for partiality after the trial began and in the absence of the accused.

The Crown argues that the trial judge must oversee the jury selection process as part of the duty to ensure a fair trial. Even if the Nova Scotia *Juries Act* does not authorize the process followed here, the Crown suggests that it was part of the judge's inherent powers under the *Criminal Code*, continued by s. 600. The Crown cites the case of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.); affirmed [1977] 2 S.C.R. 267. *Hubbert* raised the question whether a trial judge, when empanelling a jury, might properly ask the panel as a whole whether any member of the panel has any connection with any of the parties. The judgment of the Ontario Court of Appeal reads, in part, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out, we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

que devrait comprendre le «procès» ne se limite pas à la présentation de la preuve qui pèse contre l'accusé ni aux questions qui influent directement sur la décision quant à sa culpabilité ou à son innocence, comme les décisions sur l'admissibilité d'éléments de preuve. Pour le juge Lamer, le par. 577(1) s'applique chaque fois que les «intérêts vitaux» de l'accusé sont en jeu, ou comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *Hertrich*, lorsqu'une décision a un effet sur [TRADUCTION] «la conduite du procès en soi.» Toute question portant sur la partialité des jurés pris individuellement, ou du jury dans son ensemble, influe sur la conduite du procès en soi et doit être discutée en présence de l'accusé. L'accusé a droit à un procès équitable, comme il a le droit d'entendre la preuve qui pèse contre lui et d'opposer une défense. Le paragraphe 577(1) protège ces deux droits. Dans les affaires *Hertrich* et *Vézina et Côté*, le par. 577(1) a été enfreint lorsque le juge a interrogé des jurés en vue de vérifier leur impartialité une fois le procès commencé et en l'absence de l'accusé.

Le ministère public soutient que le juge de première instance doit surveiller le processus de sélection des jurés dans le cadre de son devoir de s'assurer que le procès est équitable. Il laisse entendre que, même si la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse n'autorise pas la procédure qui a été suivie ici, celle-ci relevait des pouvoirs inhérents que possède le juge en vertu du *Code criminel* et qui sont maintenus par l'art. 600. Le ministère public cite l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.), confirmé par [1977] 2 R.C.S. 267. L'affaire *Hubbert* soulevait la question de savoir si le juge, lors de la formation du jury, pouvait à bon droit s'adresser à l'ensemble du tableau pour demander si l'un de ses membres avait un lien quelconque avec l'une des parties. On lit notamment ceci dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Pour en venir à l'aspect pratique des modes de mise en œuvre de la procédure, nous traiterons d'abord du genre de partialité manifeste que vise la directive anglaise en matière de procédure. Certains juges ont l'habitude de dire aux membres du tableau des jurés, avant que ne commence le processus de sélection, quelque chose comme: