

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sean Spence *Respondent*

and

African Canadian Legal Clinic *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SPENCE

Neutral citation: 2005 SCC 71.

File No.: 30642.

2005: June 9; 2005: December 2.

Present: Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Interracial crime — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice — Fair trial — Black accused charged with robbing East Indian man — Trial judge permitting defence to challenge jurors for cause on basis of potential bias against accused, but refusing to extend challenge for cause to include race of complainant — Whether trial judge’s refusal to include “interracial” nature of crime in challenge for cause deprived accused of his right to impartial jury and to fair trial — Whether within trial judge’s discretion to limit challenge for cause.

Criminal law — Evidence — Limits of judicial notice — Social facts — Black accused charged with robbing East Indian man — Whether court can take judicial notice that jurors have “natural sympathy” for victims of same race.

A black accused was charged with robbing an East Indian man. The accused sought to challenge potential jurors for cause, arguing that jurors who are East Indian may feel a natural sympathy for a victim of the same race and that race-based sympathy for the victim aggravates or compounds the potential racial prejudice against a black accused. The trial judge permitted the defence to challenge potential jurors for cause on the basis of potential bias against a black accused but, exercising his discretion, refused to extend the challenge

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sean Spence *Intimé*

et

African Canadian Legal Clinic *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. SPENCE

Référence neutre : 2005 CSC 71.

N° du greffe : 30642.

2005 : 9 juin; 2005 : 2 décembre.

Présents : Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit criminel — Crime interracial — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugé racial — Procès équitable — Noir accusé d’avoir volé un Indo-Pakistanaï — Juge du procès ayant permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l’accusé, mais ayant refusé que la question posée aux candidats jurés précise également la race du plaignant — Le refus du juge que la question fasse état de la nature « interraciale » du crime a-t-il privé l’accusé de son droit à un jury impartial et à un procès équitable? — Ce refus relevait-il du pouvoir discrétionnaire du juge de limiter la récusation motivée?

Droit criminel — Preuve — Limites de la connaissance d’office — Faits sociaux — Noir accusé d’avoir volé un Indo-Pakistanaï — Le tribunal pouvait-il admettre d’office qu’un juré éprouve une « sympathie naturelle » envers une victime de la même race que lui?

Un homme noir a été accusé du vol d’un homme d’origine indo-pakistanaïse. Il a tenté d’obtenir la récusation de candidats jurés d’origine indo-pakistanaïse, lesquels étaient susceptibles, selon lui, d’éprouver une sympathie naturelle envers une victime de même race, une telle sympathie accroissant le risque de préjugé racial contre lui. Le juge du procès a permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre un accusé noir, mais, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, il a refusé que la question

to include the race of the complainant, as he regarded the “interracial” element on the facts of this case to be irrelevant. At trial, the accused was convicted. On appeal, he argued that he was deprived of his right to an impartial jury and therefore to a fair trial. The majority of the Court of Appeal set aside the conviction, holding that if an accused who is entitled to challenge the jury for cause wishes to include the interracial nature of the crime in the question for potential jurors, he is entitled to have the question posed in that way.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

It was up to the defence to show an “air of reality” to the assertion that the complainant’s East Indian origin has the realistic potential of aggravating jurors’ prejudice against the black accused. This burden was not met. While it was open to the trial judge to include the “interracial” aspect of the crime in the challenge for cause, neither the case law, nor the studies on which the case law is based, compelled him to exercise his discretion in that way. [41-42]

People called for jury duty benefit from a presumption that they will do their duty without bias or partiality. To rebut the presumption, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenge for cause should be allowed to proceed. To establish a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court that: (1) a widespread bias exists in the community; and (2) some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. Where widespread racial bias is shown, the second element may be inferred and need not necessarily be established by reports or studies. [21] [23] [26] [35]

The studies and reports cited in the *Parks* decision do not establish a realistic possibility that a potential juror who could impartially judge the accused despite his being black would lose that impartiality on realizing that the victim was East Indian. *Parks* does not hold that a potential “sympathy factor” exists between jurors and complainants in all situations where both are members of the same visible minority. The general statements made in the case law about interracial crime have to be considered in their context. Those cases dealt with interracial crime as a potentially aggravating circumstance in the minds of the white majority against a member of a visible minority. They do not support a

posée aux candidats jurés fasse également mention de la race du plaignant, estimant que l’aspect « interracial » n’était pas pertinent vu les faits de l’affaire. L’accusé a été déclaré coupable. En appel, il a soutenu avoir été privé de son droit à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé la déclaration de culpabilité, statuant que l’accusé qui a le droit de se prévaloir de la procédure de récusation motivée peut, s’il le souhaite, mentionner la nature interraciale du crime dans la question posée aux candidats jurés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Il appartenait à la défense de prouver la « vraisemblance » de l’affirmation selon laquelle l’origine indo-pakistanaise du plaignant faisait naître une possibilité réaliste d’accentuation des préjugés des jurés contre l’accusé noir. Elle ne l’a pas fait. Le juge du procès pouvait autoriser la mention du caractère « interracial » du crime dans la question, mais ni la jurisprudence ni les études sur lesquelles elle se fondait ne l’obligeaient à exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire. [41-42]

La personne appelée à remplir la fonction de juré est présumée apte à s’en acquitter sans parti pris ni partialité. La présomption ne peut être réfutée que s’il existe une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la demande, auquel cas la procédure de récusation pourra suivre son cours. Pour établir l’existence d’une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal (1) qu’un préjugé est largement répandu dans la collectivité et (2) que certains jurés pourraient, malgré les garanties offertes au procès, être incapables de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Lorsque l’existence d’un préjugé racial largement répandu est démontrée, le deuxième élément peut être inféré et ne doit pas nécessairement être établi par des rapports ou des études. [21] [23] [26] [35]

Les études et les rapports cités dans l’arrêt *Parks* n’établissent pas l’existence d’une possibilité réaliste qu’un candidat juré apte à juger impartialement l’accusé même s’il est noir perde son impartialité s’il apprend que la victime est indo-pakistanaise. L’arrêt *Parks* ne conclut pas à la possibilité d’une « sympathie » entre un juré et un plaignant dans tous les cas où les deux sont membres de la même minorité visible. Les énoncés généraux sur le crime interracial doivent être considérés dans le contexte des décisions qui les renferment. Dans les affaires en cause, le crime interracial était considéré comme une circonstance susceptible d’accentuer les préjugés d’un membre de la majorité blanche contre un membre d’une

generalized conclusion that race-based natural sympathy affects all trials where the accused, complainant, principal witnesses and jurors are not all of the same race. [40] [42] [47]

In this case, the majority of the Court of Appeal pushed judicial notice beyond its proper limits. While courts have properly taken notice of the widespread existence of racism, and the likelihood that anti-black racism is aggravated when the alleged victim is white, there is no similar consensus that “everybody knows” a juror of a particular race is likely to favour a complainant or witness of the same race, despite the trial safeguards and the trial judge’s instruction to the contrary. [7] [52]

The permissible scope of judicial notice varies according to the nature of the issue under consideration, and the closer a fact approaches the dispositive issue the more a court ought to insist on compliance with the stricter criteria for judicial recognition. Under the strict criteria accepted by this Court in *Find*, a court may properly take judicial notice of facts that are either (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons, or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy. [53] [60-61]

It could be argued that the requirements of judicial notice accepted in *Find* should be relaxed in relation to such matters as laying a factual basis for the exercise of a discretion to permit challenges for cause. These are matters difficult to prove, and they do not strictly relate to the adjudication of guilt or innocence, but rather to the framework within which that adjudication is to take place. Such non-adjudicative facts are now generally called “social facts” when they relate to the fact-finding process and “legislative facts” in relation to legislation or judicial policy. [56]

In dealing with “legislative” facts and “social” facts, greater scope may be given to judicial notice, but a court must still ask itself whether the alleged fact would be accepted by reasonable people who have properly informed themselves on the topic as not subject to reasonable dispute for the purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the “fact” to the disposition of the issue in question. [65]

minorité visible. Ces décisions ne permettent pas de conclure, d’une façon générale, qu’il existe une sympathie naturelle fondée sur l’appartenance raciale dans tout procès où l’accusé, le plaignant, les principaux témoins et les jurés ne sont pas de la même race. [40] [42] [47]

En l’espèce, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont repoussé indûment les limites de la connaissance d’office. Les tribunaux ont à juste titre admis d’office que le racisme est largement répandu et que le préjugé contre les Noirs peut s’accroître lorsque la présumée victime est blanche, mais ils n’ont pas convenu pour autant que « tout le monde sait » qu’un juré d’une race donnée est susceptible d’être favorable à un plaignant ou à un témoin de la même race, malgré les garanties qu’offre le procès et la directive contraire du juge du procès. [7] [52]

Les limites acceptables de la connaissance d’office varient selon la nature de la question considérée, et plus un fait a une incidence directe sur l’issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux applicable à la connaissance d’office. Suivant le critère strict que notre Cour a adopté dans l’arrêt *Find*, un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d’office de faits (1) qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre personnes raisonnables ou (2) dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable. [53] [60-61]

On pourrait soutenir qu’il convient d’assouplir les exigences que notre Cour a établies dans l’arrêt *Find* relativement à la connaissance d’office, comme celle d’un fondement factuel pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’autoriser la récusation pour un motif en particulier. Il s’agit d’éléments difficiles à prouver qui, à strictement parler, ont trait non pas à la décision concernant la culpabilité ou la non-culpabilité, mais bien au cadre dans lequel cette décision doit être rendue. Désormais, les faits non en litige sont généralement appelés « faits sociaux » lorsqu’ils touchent au processus de recherche des faits, et « faits législatifs » lorsqu’ils touchent à une loi ou à un principe judiciaire. [56]

La portée de la connaissance d’office peut être élargie à l’égard de faits « législatifs » et de faits « sociaux », mais le tribunal doit se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que le fait allégué échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s’accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. [65]

Here, the Court is asked to make some fundamental shifts in the laws' understanding of how juries function and how the selection of their members should be approached. To take judicial notice of the "social facts" of the race-based "natural sympathy" theory would be dispositive of the appeal, yet these facts are neither notorious nor easily verified by reference to works of indisputable accuracy, nor the subject of informed consensus. To take judicial notice of such matters for this purpose would be to take even a generous view of judicial notice a leap too far. [67]

On the existing state of the law, it was within the trial judge's discretion to limit the challenge of potential jurors to the race of the accused. The right to challenge for cause is not automatic. In each case, the trial judge must determine whether there is an air of reality to the challenge on the particular circumstances of each case. Here, while the fact the accused was black called for a challenge for cause on that basis, the additional fact of the complainant being of East Indian origin was not shown to compound the prejudice and, therefore, did not need to be the subject of a separate inquiry to potential jurors. On the facts, a broader inquiry would certainly have been permissible, but it was not an error of law for the trial judge to draw the line where he did. [7] [71-72]

Trial fairness trumps technicalities. If the trial judge were persuaded that the appearance of fairness to the respondent accused required the full *Parks* question, he ought to have permitted it, regardless of his recollection of the *Parks* question, the state of the social science or the nuanced limits of judicial notice. The question, however, is where the Court draws the "fairness" line. Here, the only issue of importance to the defence was identification. Neither the race of the complainant nor his testimony of what happened shed any light on identification. In the circumstances of this case the trial judge did not think that leaving out the interracial element was unfair. That was a determination he was entitled to make. [76-77]

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258; *R. v. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86; **referred to:** *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v.*

Dans la présente affaire, on demande à notre Cour de modifier radicalement son approche de l'institution du jury, de son fonctionnement et de la manière dont ses membres devraient être choisis. Prendre connaissance d'office des « faits sociaux » correspondant à la thèse de la « sympathie naturelle » fondée sur la race serait décisif quant à l'issue de l'appel, alors que ces faits ne sont ni notoires ni faciles à vérifier au moyen de sources dont l'exactitude est incontestable, et ne font pas non plus l'objet d'un consensus éclairé. Ce serait repousser trop loin les limites de la connaissance d'office — même interprétée libéralement — que d'admettre les faits en cause à cette fin. [67]

En l'état actuel du droit, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de ne permettre la récusation de candidats jurés qu'en fonction de la race de l'accusé. Le droit de récusation motivée n'est pas automatique. Le juge du procès doit décider de la vraisemblance de la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. En l'espèce, même si le fait que l'accusé était noir justifiait une récusation pour ce motif, il n'a pas été établi que l'origine indo-pakistanaise du plaignant accentuait le préjugé, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que la question posée aux candidats jurés en fasse aussi état. Au vu des faits, la question aurait certes pu être plus large, mais le juge du procès n'a pas commis d'erreur en limitant sa portée. [7] [71-72]

L'équité du procès l'emporte sur les questions de forme. S'il était convaincu que l'apparence d'équité à l'égard de l'accusé intimé exigeait que soit posée intégralement la question de l'arrêt *Parks*, le juge du procès aurait dû le permettre indépendamment de son souvenir de la question, de l'état des sciences sociales ou des limites nuancées de la connaissance d'office. La question se pose toutefois de savoir ce que notre Cour entend par « équité ». Dans la présente affaire, la seule question importante pour la défense était celle de l'identification. Ni la race du plaignant ni son témoignage sur les faits n'ont apporté d'éclaircissements sur ce point. Dans les circonstances, le juge du procès n'a pas cru qu'il serait injuste d'écarter l'élément interracial. Il avait le droit de tirer cette conclusion. [76-77]

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258; *R. c. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86; **arrêts mentionnés :** *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Sherratt*, [1991]

Find, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *R. v. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83; *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85; *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Hays v. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137; *Reid v. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418; *Drabinsky v. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23; *McInnis v. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 638, 649.

Authors Cited

Bagby, R. Michael, and Neil A. Rector. "Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context" (1991), 11 *Health L. Can.* 94.
 British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.
 Canada. Multiculturalism and Citizenship. *Eliminating Racial Discrimination in Canada*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1989.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
 Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3. San Diego: K. C. Davis, 1980.

1 R.C.S. 509; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Tolley c. Fry*, [1930] 1 K.B. 467; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *R. c. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83; *Campbell c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 85; *Clinton c. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Hays c. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137; *Reid c. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418; *Drabinsky c. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23; *McInnis c. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d), (f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638, 649.

Doctrine citée

Bagby, R. Michael, and Neil A. Rector. « Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context » (1991), 11 *Health L. Can.* 94.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996.
 Canada. Multiculturalisme et Citoyenneté. *L'élimination de la discrimination raciale au Canada*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1989.
 Colombie-Britannique. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria : The Inquiry, 1993.
 Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3. San Diego : K. C. Davis, 1980.

- Johnson, Sheri Lynn. “Black Innocence and the White Jury” (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
- L’Heureux-Dubé, Claire. “Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context” (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 551.
- Lewis, Stephen. *Stephen Lewis Report on Race Relations in Ontario*. Toronto: Government of Ontario, 1992.
- McCormick, Charles T. “Judicial Notice” (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296.
- Morgan, Edmund M. “Judicial Notice” (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Thayer, James B. “Judicial Notice and the Law of Evidence” (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.
- Johnson, Sheri Lynn. « Black Innocence and the White Jury » (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
- L’Heureux-Dubé, Claire. « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 551.
- Lewis, Stephen. *Rapport de Stephen Lewis sur les relations interraciales en Ontario*. Toronto : Gouvernement de l’Ontario, 1992.
- McCormick, Charles T. « Judicial Notice » (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296.
- Morgan, Edmund M. « Judicial Notice » (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 1999.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Thayer, James B. « Judicial Notice and the Law of Evidence » (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Laskin and Feldman J.J.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 81, 191 O.A.C. 285, 190 C.C.C. (3d) 277, 24 C.R. (6th) 108, [2004] O.J. No. 4449 (QL), setting aside a conviction for robbery and other offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jennifer Woollcombe and Deborah L. Krick, for the appellant.

Christopher Hicks and Catriona Verner, for the respondent.

Marie Chen and Margaret Parsons, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The administration of justice has faced up to the fact that racial prejudice and discrimination are intractable features of our society and must be squarely addressed in the selection of jurors. In furtherance of the guarantee of a “fair” hearing before an “independent and impartial

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Laskin et Feldman) (2004), 73 O.R. (3d) 81, 191 O.A.C. 285, 190 C.C.C. (3d) 277, 24 C.R. (6th) 108, [2004] O.J. No. 4449 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour vol qualifié et autres infractions et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jennifer Woollcombe et Deborah L. Krick, pour l’appelante.

Christopher Hicks et Catriona Verner, pour l’intimé.

Marie Chen et Margaret Parsons, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L’administration de la justice a dû se rendre à l’évidence : préjugés raciaux et discrimination sont tenaces dans notre société et il faut s’y attaquer directement lors de la sélection des jurés. Ces dernières années, afin d’assurer un procès « équitable » devant un « tribunal

tribunal” provided by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and despite a presumption of juror impartiality, the courts have in recent years expanded the use of the challenge for cause. Under this procedure, a potential jury member may be asked as a preliminary matter whether, taking into account the race of the accused, that individual, if sworn as a juror, would be “indifferent between the Queen and the accused” (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638). This has led to broad acceptance of the *Parks* question:

Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the person charged is . . . black . . . and the deceased is a white man?

(Approved in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.), at p. 359, *per* Doherty J.A.)

In this case, both the complainant and the person accused of robbing him were members of visible minorities, the accused being black and the complainant being East Indian. The courts acknowledge that East Indians along with other visible minorities have been subject to widespread racial prejudice in Canada. The trial judge permitted the defence to challenge for cause on the basis of potential bias against a black accused, but refused to extend the challenge to include the race of the complainant, as he regarded the “interracial” element on the facts of this case to be irrelevant. The defence says it ought to have been allowed to ask:

Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the accused person is a black man charged with robbing an East Indian person? [Emphasis added.]

2

The question before us is whether on the facts of this case the trial judge’s refusal to permit the “interracial” element of the *Parks* question deprived the respondent of his right to an impartial jury and therefore to a fair trial. This, in turn, requires us to consider *why* the interracial nature of a crime may be relevant to juror partiality. How does racial

indépendant et impartial » conformément à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et malgré la présomption d’impartialité des jurés, les tribunaux ont élargi la notion de récusation motivée. Désormais, on peut demander au candidat juré si, une fois assermenté comme juré, en raison de la race de l’accusé, il pourrait ne pas être « impartial entre la Reine et l’accusé » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638). D’où l’acceptation générale de la question formulée dans l’arrêt *Parks* :

[TRADUCTION] Le fait que l’accusé est un Noir [. . .] et le défunt un Blanc vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

(Question approuvée dans *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), p. 359, le juge Doherty.)

En l’espèce, tant le plaignant — un Indo-Pakistanaï — que la personne accusée de l’avoir volé — un Noir — sont membres de minorités visibles. Les tribunaux reconnaissent qu’au Canada, les personnes d’origine indo-pakistanaïse ainsi que les membres d’autres minorités visibles font l’objet de préjugés raciaux largement répandus. Le juge du procès a permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l’accusé, mais a refusé que la question posée aux candidats jurés fasse également état de la race du plaignant. Vu les faits de l’affaire, il a estimé que l’aspect « interracial » n’était pas pertinent. La défense prétend qu’il aurait dû l’autoriser à poser la question suivante :

[TRADUCTION] Le fait que l’accusé est un Noir et qu’il aurait commis un vol qualifié contre un Indo-Pakistanaï vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité? [Je souligne.]

Notre Cour doit décider si, compte tenu des faits de l’espèce, le refus du juge du procès de permettre que la question fasse état de l’élément « interracial » comme dans l’affaire *Parks* a privé l’intimé de son droit à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable. Il lui faut donc se demander *pourquoi* le caractère interracial d’un acte criminel

prejudice *against* East Indians, for which an accused East Indian may be entitled to challenge potential jurors for cause, aggravate or compound potential racial prejudice *against* a black accused? What, if any, is the link?

The studies relied upon by the court in *Parks* and the cases that followed suggested that bias against a black accused may be aggravated where the accused is said to have “crossed the colour line” against a victim who belongs to the white majority. That is not the case here. The defence says that while the fact that the complainant is East Indian may not aggravate racial bias against a black accused (indeed on the view denounced in *Parks* it might make the complainant a less sympathetic figure, or less worthy of belief), the “interracial” nature of the crime is still relevant because we live in an era of multiracial juries. Potential members of the jury who are East Indian, he says, may feel a “natural sympathy” or empathy for a victim of the same race. The “interracial question”, he says, is “just a natural progression of concern for a fair trial where there are people of different races in a courtroom” (transcript, at p. 19). Race-based sympathy for the victim compounds the prejudice against the accused, he contends.

The debate thus gravitates to the issue of potential juror partiality *in favour of* certain complainants by certain jurors based on their shared racial background. The defence theory has nothing at bottom to do with visible minorities. It is a general theory of race partiality applicable to jurors of all races and, it seems, to all multiracial trials. Neither the defence nor the Crown adduced any evidentiary basis for or against this proposition. We are asked to accept the theory based entirely on the prior case law and the application of judicial notice.

The courts have acknowledged that racial prejudice against visible minorities is so notorious and indisputable that its existence will be admitted

peut être pertinent en ce qui a trait à la partialité des jurés. En quoi un préjugé racial *contre* les Indo-Pakistanaïens — qui pourrait justifier la récusation d’un candidat juré par un accusé indo-pakistanaïen — accentue-t-il un éventuel préjugé racial *contre* un accusé noir? Quel lien peut-être établi, le cas échéant?

Selon les études invoquées par la cour dans *Parks* et dans d’autres affaires ultérieures, le préjugé contre un accusé noir peut s’accroître du fait que ce dernier a « franchi la barrière des races » en s’en prenant à un membre de la majorité blanche, ce qui ne correspond pas aux faits de la présente espèce. La défense soutient que même si la race du plaignant peut ne pas accentuer le préjugé racial contre un accusé noir (suivant le point de vue dénoncé dans l’arrêt *Parks*, elle pourrait rendre le plaignant moins sympathique ou moins digne de foi), le caractère « interracial » du crime demeure pertinent car, de nos jours, les jurys sont formés de personnes aux origines multiples. Elle avance qu’un candidat juré d’origine indo-pakistanaïenne pourrait éprouver une « sympathie naturelle » ou de l’empathie envers une victime de la même race. Elle ajoute que tenir compte du facteur « interracial » [TRADUCTION] « n’est que le prolongement naturel des mesures prises pour garantir un procès équitable lorsque des personnes de races différentes sont réunies dans une salle d’audience » (transcription, p. 19). La sympathie envers la victime de même race accentuerait le préjugé contre l’accusé.

Le débat porte donc sur la partialité dont un candidat juré pourrait faire preuve *en faveur d’un* plaignant de sa race. La thèse de la défense — la partialité raciale — n’a en définitive rien à voir avec les minorités visibles; elle s’applique généralement aux jurés de toutes les races et, semble-t-il, à tous les procès multiraciaux. Ni la défense ni le ministère public n’ont produit d’éléments de preuve pour l’étayer ou la réfuter. On nous demande de l’accepter uniquement sur la base de la jurisprudence et du principe de la connaissance d’office.

Les tribunaux ont reconnu que le préjugé racial contre les minorités visibles est si notoire et incontestable que son existence sera admise sans preuve

3

4

5

without any need of evidence. Judges have simply taken “judicial notice” of racial prejudice as a social fact not capable of reasonable dispute: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. It is not at all apparent, however, that as defence counsel put it in oral argument, “a potential juror, seeing a victim of his or her own race, there might be that sympathy, natural sympathy, or tendency to favour someone of your own race, [whether] minorities or majorities” (transcript, at p. 6). Such a proposition, it seems to me, takes us beyond the legitimate sphere of judicial notice. There “might” be the “natural sympathy” suggested by the defence, but there might not be. Moreover, if such a “positive” partiality exists, will it not be neutralized by the solemn procedures of the trial and strict instructions from the trial judge? That is the question.

6

The ramifications of the defence position are many. If race-based “positive sympathy” exists as a serious factor in the case of a complainant, can jurors deal impartially with individuals of the same (or different) race who appear in court as police officers, expert witnesses or others in the course of the trial? McLachlin J. (as she then was) said in *Williams* that “[a] prejudiced juror might be inclined to favour non-aboriginal Crown witnesses against the aboriginal accused” (para. 29). Feldman J.A., speaking for the majority in the court below, expressly flagged this as a possible basis for a challenge for cause:

It may be that in the appropriate case, where it is the race of the witnesses that may affect a juror’s approach to the trial, a challenge based on that issue could be considered. [Emphasis added.]

((2004), 73 O.R. (3d) 81, at para. 25)

The eventual logic of the defence argument, it seems, is that courts should take judicial notice of a “realistic possibility” of racial partiality in every case where the jurors, accused, complainant and witnesses are not all of the same race. Might this race-centred view of the jury system be pushed into other areas of discrimination? Do Catholics

à l’appui. Ils en ont tout simplement pris « connaissance d’office » comme d’un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Toutefois, il n’est pas du tout évident, malgré ce qu’a prétendu l’avocat de la défense en plaidoirie, [TRADUCTION] « qu’un juré pourrait éprouver cette sympathie, naturelle, envers une victime de sa race, ou aura tendance à favoriser une personne appartenant au même groupe racial, minoritaire ou majoritaire » (transcription, p. 6). Cette affirmation me paraît échapper au domaine légitime de la connaissance d’office. La « sympathie naturelle » alléguée par la défense « pourrait » exister comme ne pas exister. De plus, la solennité de la procédure et les directives strictes du juge du procès n’auront-elles pas pour effet de faire échec à cette partialité « positive » éventuelle, si elle existe? C’est ce qu’il faut se demander.

Les conséquences de la thèse avancée par la défense sont multiples. Si la « sympathie positive » fondée sur la race constitue un élément important dans le cas d’un plaignant, les jurés peuvent-ils être impartiaux à l’égard des personnes de même race (ou de race différente) qui témoignent au procès à titre, par exemple, de policiers ou d’experts? Dans l’arrêt *Williams*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a dit qu’« [u]n juré qui a des préjugés pourrait être enclin à favoriser les témoins à charge qui ne sont pas des autochtones, au détriment de l’accusé autochtone » (par. 29). La juge Feldman, auteure des motifs majoritaires de la Cour d’appel, a dit expressément qu’il s’agissait d’un motif éventuel de récusation :

[TRADUCTION] Il est possible, dans un cas approprié où c’est la race des témoins qui peut influencer l’attitude d’un juré au procès, qu’on puisse envisager une récusation pour ce motif. [Je souligne.]

((2004), 73 O.R. (3d) 81, par. 25)

Suivant l’argumentation de la défense, semble-t-il, les tribunaux devraient prendre connaissance d’office d’une « possibilité réaliste » de partialité raciale dans chaque cas où les jurés, l’accusé, le plaignant et les témoins ne sont pas tous de la même race. Cette conception du jury axée sur la race pourrait-elle s’appliquer à d’autres motifs de

or Hindus more readily believe witnesses who are disclosed to be of the same faith? Do male jurors “empathize” more with male complainants than with female complainants? Does this empathy translate into real (or reasonably perceived) bias? Is race a more powerful motivator than these other sources of potential bias? Our traditional belief was that the diversity of 12 jurors would iron out and diffuse such individual variations.

In my view, with respect, the majority judgment of the Ontario Court of Appeal in this case pushed judicial notice beyond its proper limits. The respondent’s argument proceeded on the basis of questions to which neither evidence, nor judicial notice properly taken, supplied answers. The prior case law, read in context, does not support the need for a broad entitlement in every case to challenges for cause based on racial *sympathy* as distinguished from potential racial *hostility*. The interracial nature of a crime may be a factor (as with the white victims in *Parks* and *Williams*), but it is not necessarily so. On the existing state of the law, it was within the trial judge’s discretion to limit the challenge of potential jurors to the race of the accused. A broader inquiry (such as was sought by the defence) would certainly have been permissible on the facts, but it was not an error of law for the trial judge to draw the line where he did.

I would therefore allow the appeal, set aside the new trial ordered by the Court of Appeal and restore the conviction. The appeal against sentence found favour with Laskin J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal, but was not commented on by the majority and was not pursued in this Court. The sentence appeal should therefore be returned to the Court of Appeal for disposition.

I. Facts

On June 28, 2000 at 1:06 a.m., an order was placed for a pizza and chicken wings for delivery to

discrimination? Un catholique ou un hindou croit-il plus volontiers un témoin qu’il sait être de même confession? Un juré de sexe masculin a-t-il davantage d’« empathie » pour un plaignant que pour une plaignante? Cette empathie se traduit-elle par une partialité réelle (ou une crainte raisonnable de partialité)? La race est-elle un motif de partialité plus important que ces autres caractéristiques? Traditionnellement, nous avons cru que la diversité des origines des 12 jurés aplanirait ces différences individuelles.

Avec déférence, j’estime que les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont, en l’espèce, repoussé indûment les limites de la connaissance d’office. L’argumentation de l’intimé reposait sur des questions auxquelles ni la preuve ni l’application correcte du principe de la connaissance d’office n’ont permis de répondre. La nécessité de reconnaître dans chaque cas le droit général de récuser un candidat juré pour *sympathie* raciale, par opposition à une *hostilité* raciale éventuelle, n’a pas d’assise dans la jurisprudence considérée dans son contexte. Le caractère interracial d’un crime peut constituer un élément pertinent (comme pour les victimes blanches dans les affaires *Parks* et *Williams*), mais pas forcément. En l’état actuel du droit, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de ne permettre la récusation de candidats jurés qu’en fonction de la race de l’accusé. Compte tenu des faits, la question aurait certes pu être plus large (comme le souhaitait la défense), mais le juge du procès n’a pas commis d’erreur de droit en limitant sa portée.

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le nouveau procès ordonné par la Cour d’appel et de rétablir la déclaration de culpabilité. L’appel interjeté relativement à la peine a été accueilli par le juge Laskin, dissident, mais il a été passé sous silence par les juges majoritaires et n’a pas été plaidé devant notre Cour. Il devrait donc être renvoyé à la Cour d’appel pour qu’elle tranche.

I. Faits

Le 28 juin 2000, à 1 h 6 du matin, une personne a demandé la livraison d’une pizza et d’ailes de poulet

7

8

9

a Toronto apartment. Mr. Qaisar Saleem, the deliveryman, is of East Indian origin. He arrived at the building between 1:35 and 1:45 a.m., took the elevator, and began walking towards the apartment at the end of the hallway beside the stairwell. A first assailant emerged from the stairwell apparently holding a pistol. He was described as a black man and with a cloth over his face. The complainant could only see his eyes and could not identify him or any of the other assailants. A second masked man then emerged from the stairwell, also apparently armed. Three more masked men then emerged, but without weapons. The last three assailants grabbed the complainant's arms, seized the pizza and took Mr. Saleem's money and receipts from his pockets. Two of them took Mr. Saleem into the stairwell where they bound his hands and stuffed a cloth in his mouth. They removed Mr. Saleem's wallet and some change from his pockets. As they left, they loosened the bonds that tied him.

10 The police found chicken bones and five Pizza Pizza receipts in the stairwell at about 4:00 a.m. that morning. Three fingerprints belonging to the respondent were found on the receipt for the delivery to the building. A fourth print belonged to another man who was charged as a young offender. The respondent turned himself in to the police on August 7, 2000 in response to an outstanding warrant for his arrest. His father lived in the apartment building where the robbery occurred.

11 Although the phone call ordering the food was traced to a cellular phone owned by a man not connected to the case, there had been a brief call a few minutes earlier to the same pizza store from a cellular phone which the police said could be circumstantially linked to the respondent. That same cellular phone was used in connection with another robbery that took place on July 5, for which the respondent was later charged but tried separately.

The Challenge for Cause

12 The respondent was initially arraigned on March 18, 2002 on two counts of robbery of pizza

à un appartement de Toronto. Le livreur, M. Qaisar Saleem, un Indo-Pakistanaï, est arrivé sur les lieux entre 1 h 35 et 1 h 45. Après avoir pris l'ascenseur, il s'est dirigé vers l'appartement situé au bout du couloir, près de la cage d'escalier. Un premier agresseur apparemment armé d'un pistolet a surgi de celle-ci. Suivant la description donnée par la victime, il s'agissait d'un homme de race noire dont le visage était dissimulé par un bout de tissu. Le plaignant n'a pu identifier cet homme, dont il n'a vu que les yeux, ni ses autres agresseurs. Un deuxième homme masqué, apparemment armé lui aussi, est ensuite sorti de la cage d'escalier, suivi de trois autres non armés. Les trois derniers agresseurs ont empoigné la victime par les bras, lui ont arraché la pizza et ont pris l'argent et les reçus trouvés dans ses poches. Deux de ces hommes ont emmené M. Saleem dans la cage d'escalier où ils lui ont ligoté les mains et l'ont bâillonné. Ils ont pris son portefeuille ainsi que la monnaie qu'il avait dans ses poches. Avant de s'enfuir, ils ont desserré ses liens.

Vers 4 heures ce matin-là, les policiers ont trouvé des os de poulet et cinq reçus de Pizza Pizza dans la cage d'escalier. Trois empreintes digitales de l'intimé ont été trouvées sur le reçu de livraison correspondant à l'adresse. Une quatrième empreinte a été relevée, celle d'un autre homme qui a fait l'objet d'accusations sous le régime applicable aux jeunes contrevenants. L'intimé s'est livré à la police le 7 août 2000 après qu'un mandat d'arrestation eut été décerné contre lui. Son père habitait l'immeuble résidentiel où avait été commis le vol qualifié.

Même si la commande avait été passée à l'aide du téléphone portable d'un homme non mêlé à l'affaire, la pizzeria avait reçu, quelques minutes plus tôt, un bref appel téléphonique fait à partir d'un téléphone portable qui, selon les policiers, pouvait être relié circonstanciellement à l'intimé. Ce même téléphone portable a servi le 5 juillet lors d'un autre vol qualifié dont l'intimé a par la suite été accusé et pour lequel il a fait l'objet d'un procès séparé.

La récusation motivée

Le 18 mars 2002, l'intimé a d'abord été accusé de vols qualifiés contre des livreurs de pizzas, l'un

deliverymen: the July 5, 2000 robbery (where the victim was white) and the June 28, 2000 robbery (where the victim was East Indian). The respondent did not deny that the robberies had occurred. The only issue was whether he could properly be identified as the perpetrator.

Before successfully applying for a severance of the two charges, the respondent sought to challenge potential jurors for cause, based on the fact that he is black and the victims were white and East Indian respectively. The trial judge allowed a question based on the fact that the accused is black, but would not allow the additional enquiry addressing the race of the victim(s) or the resulting interracial nature of the crimes. (At the time of the challenge, of course, the potential jurors would not know the race of the accused, the complainant or the witnesses unless they were told.)

The trial judge mistakenly remembered the *Parks* question as relating only to the colour of the accused, not the colour of the complainant. However, he made it clear that in the exercise of his discretion he was limiting the challenge in this case to the race of the accused regardless of what the Ontario Court of Appeal had said in *Parks*:

MR. GIOURGAS: Your Honour, just for clarification sake. Are you suggesting that I look at *Parks* and if, in fact, it does say “white” then I can re-address the issue with Your Honour, or —

THE COURT: I think you should look at it first. I don’t recall anything about the word “white” being in the *Parks* question at all. And if it is, I am not going to permit it. It’s whether or not the prospective juror can try the accused without bias or prejudice by reason of the fact that his skin colour happens to be black, period.

MR. GIOURGAS: Yes, Your Honour.

(Appellant’s Record, at pp. 71-72 (emphasis added))

The Crown says that the defence should have renewed its application after the trial severance, but it seems clear that the trial judge had reached a

commis le 5 juillet 2000 (où la victime était blanche), et l’autre le 28 juin 2000 (où la victime était indo-pakistanaise). L’intimé n’a pas nié les vols qualifiés. La seule question soulevée a été celle de savoir s’il pouvait être dûment identifié comme l’auteur de ces actes.

Avant d’obtenir la séparation des deux chefs d’accusation, l’intimé a demandé que la question posée en vue de la récusation motivée de candidats jurés précise qu’il était noir et que la victime était blanche dans un cas et indo-pakistanaise dans l’autre. Le juge du procès a permis que la question mentionne la race de l’accusé, mais non celle(s) de la (des) victime(s), refusant en outre qu’elle fasse état du caractère interracial des crimes. (Évidemment, les candidats jurés ne pouvaient connaître alors la race de l’accusé, du plaignant ou des témoins à moins qu’on ne la leur révèle.)

Selon le souvenir inexact du juge du procès, la question posée dans l’affaire *Parks* renvoyait uniquement à la race de l’accusé et non à celle du plaignant. Le juge a cependant clairement indiqué que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, il ne retenait que la race de l’accusé comme motif de récusation, indépendamment de ce qu’avait dit la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Parks* :

[TRADUCTION] M. GIOURGAS : Votre Seigneurie, juste pour clarifier les choses. M’avez-vous dit d’examiner l’arrêt *Parks* et que si le mot « Blanc » était employé dans la question, je pourrais aborder le sujet de nouveau, ou —

LA COUR : Je pense que vous devriez vérifier d’abord. Je ne me souviens pas que le mot « Blanc » y figure. Et même s’il s’y trouve, je n’autoriserai pas une question en faisant mention. Il s’agit de déterminer si le candidat juré peut juger l’accusé sans parti pris ou préjugé lié au fait que ce dernier est noir, un point c’est tout.

M. GIOURGAS : Oui, votre Seigneurie.

(Dossier de l’appelant, p. 71-72 (je souligne))

Le ministère public prétend que la défense aurait dû renouveler sa demande après que la tenue de procès distincts eut été ordonnée. Or, il paraît

13

14

firm conclusion, and there is no reason to think he would have allowed the interracial question in the case of an East Indian victim alone when he had refused it in the case of white and East Indian victims jointly. The question that was put to the potential jury members was therefore as follows:

Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the accused person is a black man?

(Appellant's Record, at p. 100)

15

The trial judge warned potential jurors: "In this trial, you will see a process occur whereby it is hoped and expected that anyone who may harbour any bias or prejudice simply by reason of the skin colour of Mr. Spence will not be able to serve here as jurors. That is called what we, in our language, describe as a challenge for cause" (Appellant's Record, at p. 93). He continued: "The question is designed to eliminate anyone who under oath by the answer to the question put is not a person who is capable of deciding the — listening to the evidence and deciding a verdict without bias or prejudice by reason of the fact that the colour of Mr. Spence's skin happens to be black" (Appellant's Record, at pp. 95-96). The jury, duly sworn, returned a verdict of guilty.

II. Court of Appeal for Ontario

A. *Feldman and Weiler J.J.A. for the Majority*

16

Feldman J.A. ruled that where an accused who is entitled to challenge the jury for cause wishes to include the interracial nature of the crime in the question for potential jurors, the accused is entitled to have the question posed in that way. The Crown submitted that the race of the victim was irrelevant to the crime, and the attack was targeted simply on whoever happened to deliver the pizza, but Feldman J.A. noted that *Parks* did not require that the crime be racially motivated. The Crown also submitted that the case did not turn "to any degree" on the credibility of the complainant, but Feldman J.A. pointed out that a challenge for cause is not premised on anything as specific as

évident que la décision du juge était arrêtée sur ce point, et rien ne permet de croire qu'il aurait permis la mention du caractère interracial dans le seul cas de la victime indo-pakistanaise, alors qu'il l'avait refusée dans le cas des deux victimes, l'une blanche et l'autre indo-pakistanaise. La question posée aux candidats jurés a donc été la suivante :

[TRADUCTION] Le fait que l'accusé est un Noir vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

(Dossier de l'appelant, p. 100)

Le juge du procès a fait la mise en garde suivante aux candidats jurés : [TRADUCTION] « Dans le cadre du présent procès, vous assisterez à une procédure à l'issue de laquelle devrait être écartée du jury toute personne ayant un parti pris ou un préjugé à l'endroit de M. Spence parce qu'il est noir. C'est ce que nous appelons dans notre jargon la récusation motivée » (dossier de l'appelant, p. 93). Il a ajouté : [TRADUCTION] « La question est conçue de manière à écarter les personnes qui, en y répondant sous serment, se disent incapables de rendre — d'entendre la preuve et de rendre un verdict sans parti pris ou sans préjugé lié au fait que M. Spence est noir » (dossier de l'appelant, p. 95-96). Dûment assermenté, le jury a rendu un verdict de culpabilité.

II. Cour d'appel de l'Ontario

A. *Les juges Feldman et Weiler, majoritaires*

La juge Feldman a statué que l'accusé qui a le droit de se prévaloir de la procédure de récusation motivée peut, s'il le souhaite, mentionner le caractère interracial du crime dans la question posée aux candidats jurés. Le ministère public a soutenu que la race de la victime n'avait rien à voir avec le crime et que la seule intention des agresseurs était de s'en prendre au livreur, quel qu'il soit, mais la juge Feldman a fait observer que l'arrêt *Parks* n'exigeait pas que le crime revête un caractère raciste. Le ministère public a ajouté que la crédibilité du plaignant n'était [TRADUCTION] « nullement » en cause en l'espèce, mais la juge Feldman a signalé que le droit à la récusation motivée ne dépendait pas d'une

whether the victim or the accused will even testify (para. 25).

Feldman J.A. rejected the further argument that where there are two racial minorities involved, there is no imbalance and no need to raise the interracial nature of the crime as a basis for potential partiality. She cited Doherty J.A. in *Parks* that “there is a realistic possibility that jurors’ verdicts are affected by the race of the accused where that accused is of a different race than the juror. This possibility is greater in crimes involving interracial violence where the victim is of the same race as the juror” (para. 28). In Feldman J.A.’s view, it is not only an association of the white majority with the Crown that may result in partiality, but any racist or stereotypical views about the accused or the victim that may influence a potential juror’s approach to the assessment of the evidence or to the outcome of the trial, together with an inability by that potential juror to put those views to the side (para. 29). Where the accused is a member of a visible minority, there is no longer a need for counsel to file an evidentiary record to support a finding that racism exists against that visible minority in order to support a challenge for cause: *R. v. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.). The majority allowed the appeal, set aside the conviction, and ordered a new trial.

B. *Laskin J.A. (Dissenting)*

Laskin J.A. stated that although the interracial question requested by defence counsel was certainly not objectionable, and may even have been desirable, the trial judge did not improperly exercise his discretion in refusing to allow it. In his view, the question permitted by the trial judge adequately protected Mr. Spence’s right to an impartial jury and, therefore, to a fair trial (para. 48). The context in which the courts in *Williams*, *Parks* and *R. v. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258 (Ont. C.A.), approved the “interracial” question differed profoundly from the context of this appeal. In cases where the accused is a member of a minority community and the victim is white, one can readily understand how the interracial nature of the crime may increase the potential for juror

question aussi précise que celle de savoir si même la victime ou l’accusé témoignera (par. 25).

La juge Feldman a rejeté l’autre argument suivant lequel lorsque deux minorités raciales sont en cause, il n’y a aucun déséquilibre et il n’est pas nécessaire de soulever le caractère interracial du crime comme motif éventuel de partialité. Elle a cité l’arrêt *Parks* où le juge Doherty a dit : [TRADUCTION] « il y a une possibilité réaliste que le verdict d’un juré soit influencé par la race de l’accusé lorsque celle-ci est différente de la sienne. Cette possibilité s’accroît dans le cas d’un crime violent interracial où la victime est de la même race que le juré » (par. 28). Pour la juge Feldman, ce n’est pas seulement l’identification du ministère public à la majorité blanche qui peut entraîner la partialité, mais toute opinion raciste ou stéréotypée sur l’accusé ou la victime susceptible d’influencer un candidat juré dans l’évaluation de la preuve ou le règlement du procès, ainsi que l’incapacité d’en faire abstraction (par. 29). Lorsque l’accusé fait partie d’une minorité visible, son avocat n’a plus à prouver le racisme dont celle-ci est victime pour justifier la récusation motivée : *R. c. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.). Les juges majoritaires ont accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

B. *Le juge Laskin, dissident*

Le juge Laskin a dit que même si la question proposée par l’avocat de la défense faisant état du caractère interracial du crime n’était certainement pas déplacée et était peut-être même indiquée, le juge du procès n’avait pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en l’écartant. À son avis, la question autorisée protégeait adéquatement le droit de M. Spence à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable (par. 48). Dans les arrêts *Williams*, *Parks* et *R. c. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258 (C.A. Ont.), le contexte dans lequel les tribunaux ont jugé que l’élément « interracial » pouvait être mentionné différait radicalement de celui du présent appel. Lorsque l’accusé est membre d’une minorité visible et que la victime est de race blanche, on comprend aisément que le caractère

17

18

partiality and why, therefore, a question that includes the race of the victim is essential to ensure a fair trial (paras. 57-59).

19 Laskin J.A. did not agree however that the fact that the victim in this case is East Indian created a realistic possibility of juror partiality. Potential jurors are presumed to be indifferent or impartial; that presumption must be displaced before they can be dismissed for cause. In *Williams and Parks*, the court took judicial notice of certain facts on the basis of numerous studies and other social science evidence demonstrating racial prejudice. Here, however, Laskin J.A. did not believe the court was justified in taking judicial notice that where the victim is East Indian and the accused is black, the interracial nature of the crime, separately from the accused's race, increases the potential for juror partiality (paras. 60-65).

20 With respect to the sentence appeal, the trial judge all but ignored the accused's prospects for rehabilitation in sentencing him to four years of incarceration. After crediting him with one year for his pre-trial custody, Laskin J.A. would have reduced his sentence for the robbery to two and one-half years (paras. 80-85).

III. Analysis

21 Our criminal law is premised on the ability of 12 jurors to do their job with "indifference" as between the Crown and the accused. We do not start with the idea that it is up to the potential juror to demonstrate his or her impartiality. Our procedures in this respect differ from the American approach. In this country, people called for jury duty benefit from a presumption that they will do their duty without bias or partiality: *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

22 Our collective experience is that when men and women are given a role in determining the outcome of a criminal prosecution, they take the

interracial du crime puisse accroître le risque de partialité chez les jurés et, par conséquent, que la question doit mentionner la race de la victime pour assurer l'équité du procès (par. 57-59).

Le juge Laskin n'a toutefois pas convenu que l'origine indo-pakistanaise de la victime créait en l'espèce une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés. Un candidat juré est présumé impartial et objectif et ne peut être récusé que si cette présomption est réfutée. Dans les affaires *Williams et Parks*, le tribunal avait pris connaissance d'office de certains faits en s'appuyant sur de nombreuses études et autres preuves relevant des sciences sociales établissant l'existence d'un préjugé racial. En l'espèce, toutefois, le juge Laskin a estimé que le tribunal n'était pas justifié de prendre connaissance d'office du fait que, lorsque la victime est un Indo-Pakistanaise et l'accusé un Noir, le caractère interracial du crime, indépendamment de la race de l'accusé, augmente le risque de partialité des jurés (par. 60-65).

En ce qui concerne la peine, le juge du procès n'avait pas considéré les chances de réinsertion de l'accusé lorsqu'il l'avait condamné à quatre ans d'emprisonnement. Après déduction d'un an pour la détention avant procès, le juge Laskin aurait ramené à deux ans et demi la peine d'emprisonnement infligée pour le vol qualifié (par. 80-85).

III. Analyse

Notre droit criminel tient pour acquis que 12 jurés peuvent s'acquitter de leur tâche en faisant preuve d'« impartialité » entre la Couronne et l'accusé. Nous ne partons pas du principe qu'il appartient au candidat juré de démontrer son impartialité. La procédure canadienne diffère à cet égard de l'américaine. Au Canada, la personne appelée à remplir la fonction de juré est présumée apte à s'en acquitter sans parti pris ni partialité : *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

L'expérience révèle que les hommes et les femmes appelés à décider de l'issue d'une poursuite criminelle prennent leur responsabilité au sérieux.

responsibility seriously; they are impressed by the jurors' oath and the solemnity of the proceedings; they feel a responsibility to each other and to the court to do the best job they can; and they listen to the judge's instructions because they want to decide the case properly on the facts and the law. Over the years, people accused of serious crimes have generally chosen trial by jury in the expectation of a fair result. This confidence in the jury system on the part of those with the most at risk speaks to its strength. The confidence is reflected in the *Charter* guarantee of a trial by jury for crimes (other than military offences) that carry a penalty of five years or more (s. 11(f)).

The presumption of impartiality may be rebutted by satisfying the trial judge that "on a ground sufficiently articulated in the application" there is in the case of some potential jurors a "realistic potential for . . . partiality" (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 536). In *Sherratt*, the articulated ground was pre-trial publicity. The Court stated the rule thus:

The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed. [Emphasis added; p. 536.]

In determining how and in what circumstances that presumption is displaced, and how far challenges for cause may be pushed, a good deal of discretion is necessarily reposed in the trial judge (*Williams*, at para. 55; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 45). Moreover, the trial judge is given a good deal of latitude in supervising the challenge process so as not unnecessarily to invade the privacy of the potential jurors, or unnecessarily to prolong the trial. This does not mean a trial judge can act on idiosyncratic personal views, or take into account irrelevant factors (*R. v. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86 (Ont. C.A.)), or ignore relevant factors, but it does mean that allowing a

Ils sont impressionnés par le serment qu'ils prêtent et la solennité de la procédure. Ils se sentent tenus tant à l'égard de leurs pairs que du tribunal de s'acquitter de leur tâche au mieux. Ils suivent les directives du juge, car ils sont désireux de rendre la bonne décision au vu des faits et du droit. De tous temps, les personnes accusées de crimes graves ont généralement opté pour un procès avec jury dans l'attente d'une décision équitable. Cette confiance qu'inspire l'institution du jury à ceux qui ont le plus à perdre dénote sa solidité. Elle se reflète dans le droit constitutionnel à un procès avec jury lorsque le crime (autre qu'une infraction relevant de la justice militaire) rend l'accusé passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus (al. 11f) de la *Charte*.

Il est possible de réfuter la présomption d'impartialité en convainquant le juge du procès que, « pour un motif suffisamment exposé dans la requête », il existe une « possibilité réaliste de partialité » dans le cas de certains candidats jurés (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 536). Dans cet arrêt, ce motif était la publicité antérieure au procès. Notre Cour a formulé ainsi la règle applicable :

La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant. [Je souligne; p. 536.]

Le juge du procès dispose nécessairement d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer de quelle manière et dans quelles circonstances la présomption est réfutée et jusqu'où peut aller la récusation motivée (*Williams*, par. 55; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 45). De plus, il jouit d'une grande latitude dans la surveillance de la procédure de récusation afin d'éviter les atteintes inutiles à la vie privée des candidats jurés ou la prolongation injustifiée du procès. Cela signifie non pas qu'il peut tenir compte d'opinions bien personnelles ou d'éléments non pertinents (*R. c. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86 (C.A. Ont.)), ou encore, écarter des éléments pertinents, mais bien qu'il

23

24

challenge for cause to proceed is not “automatic” even in matters touching on race (*Williams*, at para. 41).

25

Part of the legitimacy of the jury as an institution lies, as stated, in the diversity of the background, attitudes and life experiences of its members. An accused may more readily identify with this group of people who represent a cross-section of the community, and be more accepting of its verdict, than would be the case with a judge alone. At the same time, the courts recognize that racist prejudices are “corrosive” of the required indifference, and a juror’s inability to put aside such attitudes is not an acceptable element of the permitted diversity (*Williams*, at para. 22). The challenge for cause procedure is about the only tool available to an accused to root out and expose such racism where there is a “realistic potential” of its existence. The benefits of its exercise, where warranted, are at least threefold. The procedure eliminates from the panel potential jurors who cannot, in good conscience and under oath, give a negative answer to the question. It also brings home to the other jurors the potentially insidious effect of racial stereotyping, and thirdly it provides the accused (and members of visible minorities generally) palpable assurance that the law takes seriously the overriding objective of empanelling an impartial jury (*Parks*, at pp. 379-80, and *Koh*, at para. 43).

26

Find teaches that establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. In *Find* itself, an accused charged with sexual abuse of children sought to challenge potential jurors for cause on the basis that some people may not be able to remain impartial in the face of natural revulsion for the nature of the offences and empathy for the victims (paras. 53, 57 and 59). This argument, which has some resemblance to the “natural sympathy” argument mounted here, was rejected (para. 57).

ne permettra « automatique[ment] » la récusation motivée même dans une affaire touchant à la race (*Williams*, par. 41).

Rappelons que la légitimité du jury en tant qu’institution repose en partie sur la diversité des profils, des mentalités et des vécus de ses membres. L’accusé s’identifiera plus facilement à un groupe de personnes ainsi représentatif de la collectivité et acceptera plus volontiers son verdict que celui d’un juge seul. Par ailleurs, les tribunaux reconnaissent que les préjugés raciaux ont des effets « corrosifs » sur l’impartialité requise et que l’incapacité d’un juré de faire abstraction de tels préjugés n’est pas un élément acceptable de la diversité admise (*Williams*, par. 22). La récusation motivée est à peu près le seul moyen dont dispose l’accusé pour détecter et dénoncer de tels préjugés lorsqu’il y a une « possibilité réaliste » qu’ils existent. Dans le cas où elle est justifiée, elle a au moins trois effets bénéfiques : écarter les candidats jurés qui, en toute honnêteté et sur la foi de leur serment, ne peuvent répondre par la négative à la question, sensibiliser les autres jurés à l’effet pernicieux que peuvent avoir les stéréotypes racistes et, enfin, donner à l’accusé (et aux membres des minorités visibles en général) l’assurance tangible que la justice prend au sérieux l’objectif primordial qu’est la constitution d’un jury impartial (*Parks*, p. 379-380, et *Koh*, par. 43).

Suivant l’arrêt *Find*, pour établir l’existence d’une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal (1) qu’un préjugé est largement répandu au sein de la collectivité et (2) que certains jurés pourraient, malgré les garanties offertes au procès, être incapables de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Dans cette affaire d’agression sexuelle d’enfants, l’accusé avait tenté de récuser des candidats jurés au motif que certains d’entre eux pourraient ne pas rester impartiaux en raison de la révulsion naturelle que leur inspirerait la nature des infractions et de leur empathie pour les victimes (par. 53, 57 et 59). Cette thèse, qui s’apparente à celle de la « sympathie naturelle » avancée en l’espèce, a été rejetée (par. 57).

In the present case, the respondent says that a challenge limited to his own race was not enough. He was entitled to the “interracial question” to bring out Mr. Qaisar Saleem’s race, as well as his own, for whatever complications that might entail in the cognitive or emotional reaction of potential jurors. The respondent supported by the intervener, rests his case on four propositions:

1. The “interracial” crime issue is determined in his favour by prior authority including *Williams* in this Court and the Ontario Court of Appeal quartet of *Parks, Wilson, Koh* and *Campbell*.

2. To the extent that this case requires an extension of the principles accepted in those decisions, the extension is justified by social science evidence such as that reviewed in *Parks*, of which judicial notice can be taken.

3. The trial judge exceeded his discretion in rejecting the “full” *Parks* question on the facts of this case.

4. In any event, trial fairness, and the appearance of trial fairness, required that the full *Parks* question be put.

A. *Did Prior Case Law Entitle the Respondent to Have the “Interracial” Aspect of the Crime Included in the Challenge for Cause?*

The respondent relies on the following observation of McLachlin J. in *Williams*, at para. 28:

Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an “interracial element” to the crime or a perceived link between those of the accused’s race and the particular crime. But racial prejudice may play a role in other, less obvious ways. [Emphasis added.]

Williams involved an aboriginal man charged with robbery of a white employee of a pizza store. He crossed the “colour line” and the concern was

Dans la présente affaire, l’intimé affirme qu’un droit de récusation en fonction de sa seule race à lui ne suffisait pas et qu’il avait droit à la « question interraciale » révélant sa race et celle de M. Qaisar Saleem, en raison des réactions complexes d’ordre cognitif ou émotif que cela pouvait susciter chez les candidats jurés. Avec l’appui de l’intervenante, il conclut en formulant quatre affirmations :

1. La question du crime « interracial » a déjà été tranchée en sa faveur, notamment dans l’arrêt *Williams*, de notre Cour et dans les arrêts *Parks, Wilson, Koh* et *Campbell*, de la Cour d’appel de l’Ontario.

2. Dans la mesure où une application élargie des principes reconnus dans ces arrêts s’impose en l’espèce, elle est justifiée par une preuve relevant des sciences sociales, comme celle considérée dans *Parks*, et dont un tribunal peut prendre connaissance d’office.

3. Vu les faits de l’espèce, le juge du procès a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en refusant que soit posée « intégralement » la question formulée dans *Parks*.

4. De toute manière, l’équité et l’apparence d’équité du procès exigeaient que la question formulée dans *Parks* soit posée intégralement.

A. *La jurisprudence reconnaissait-elle à l’intimé le droit de mentionner l’aspect « interracial » du crime dans la question posée pour les besoins de la récusation motivée?*

L’intimé invoque les observations suivantes de la juge McLachlin au par. 28 de l’arrêt *Williams* :

Les préjugés raciaux contre l’accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C’est lorsque le crime comporte un « aspect interracial » ou qu’un lien est perçu entre les gens de la race de l’accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Mais les préjugés raciaux peuvent jouer un rôle d’autres manières moins évidentes. [Je souligne.]

Dans cette affaire, un autochtone était accusé de vol qualifié dans une pizzeria. L’accusé avait franchi la « barrière des races » en s’en prenant à

that this *could* aggravate any existing underlying prejudice against aboriginals. *Williams* formulated the question to be asked in evaluating an application to challenge for cause as follows: “whether there is reason to suppose that the jury pool *may* contain people who are prejudiced [the attitudinal component] and whose prejudice *might not* be capable of being set aside on directions from the judge [the behavioural component]” (para. 32 (emphasis in original)).

1. Step One: The Existence of Widespread Racial Prejudice

30

If it is demonstrated that there is widespread prejudice in the community then it is reasonable to infer that the jury pool, being representative of the community, will include some individuals who harbour such prejudices. In *Williams*, the Court took judicial notice of the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996), at p. 33; *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), at p. 11.

31

Parks was a case of second degree murder in which the accused was black and the victim was white. As in this appeal, there was no suggestion that the crime was racially motivated or that race would play any part in the defence (p. 361). Nevertheless, Doherty J.A. concluded on the first step that “[r]acism, and in particular anti-black racism, is a part of our community’s psyche” (p. 369). He continued:

A significant segment of our community holds overtly racist views. A much larger segment subconsciously operates on the basis of negative racial stereotypes. Furthermore, our institutions, including the criminal justice system, reflect and perpetuate those negative stereotypes. These elements combine to infect our society as a whole with the evil of racism. Blacks are among the primary victims of that evil. [p. 369]

un employé blanc et l’on craignait que cela *puisse* accentuer un préjugé latent contre les autochtones. Notre Cour a statué que le tribunal saisi d’une demande de récusation motivée devait décider « s’il y a des raisons de croire que le tableau des jurés *peut* comprendre des personnes ayant des préjugés [le volet attitude] qui, après avoir reçu les directives du juge, *pourraient ne pas* être capables de les laisser de côté [le volet comportement] » (par. 32 (souligné dans l’original)).

1. Première étape : L’existence d’un préjugé racial largement répandu

S’il est démontré qu’un préjugé est largement répandu dans la collectivité, il est raisonnable de conclure que le tableau des jurés, qui est représentatif de la collectivité, compte en son sein des personnes ayant un tel préjugé. Dans l’affaire *Williams*, notre Cour a pris connaissance d’office des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996), p. 37, de la *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), p. 162, et du *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), p. 11.

Dans l’affaire *Parks*, un Noir était accusé de meurtre au deuxième degré d’un Blanc. Comme en l’espèce, rien n’indiquait qu’il s’agissait d’un crime raciste ou que la race jouerait un rôle dans la défense (p. 361). Le juge Doherty a néanmoins conclu à la première étape que [TRADUCTION] « [I]e racisme, en particulier le racisme anti-Noirs, est partie intégrante de la mentalité de notre société » (p. 369). Il a ajouté :

[TRADUCTION] Une couche importante de la société professe ouvertement des vues racistes. Une couche plus large encore est inconsciemment influencée par des stéréotypes raciaux négatifs. De surcroît, nos institutions, y compris la justice pénale, reflètent ces stéréotypes négatifs qu’elles perpétuent. Ces éléments se conjuguent pour propager le fléau du racisme dans la société entière. Les Noirs sont parmi les principales victimes de ce fléau. [p. 369]

The studies cited by Doherty J.A. amply support his conclusion that the use of negative racist stereotypes is widespread in our society (a more recent Angus Reid poll suggested that 45 percent of Canadians identify visible minorities, particularly blacks and Vietnamese, with crime: see *Koh*, at paras. 9 and 22). A brief survey of the studies reviewed in *Parks* on the first (attitudinal) question provides a flavour of what was at issue. *Eliminating Racial Discrimination in Canada* (1989) demonstrated that people who are non-white or have a definite speaking accent suffer prejudice in finding a good job, getting promoted and being paid fairly (p. 7), and in the housing market (p. 10). Doherty J.A. went on to lay particular emphasis on a report by Mr. Stephen Lewis, as an adviser on race relations to the Premier of Ontario. In June 1992, Lewis wrote (and Doherty J.A. quoted, at pp. 367-68) as follows:

First, what we are dealing with, at root, and fundamentally, is anti-Black racism. While it is obviously true that every visible minority community experiences the indignities and wounds of systemic discrimination throughout Southern Ontario, it is the Black community which is the focus. It is Blacks who are being shot, it is Black youth that is unemployed in excessive numbers, it is Black students who are being inappropriately streamed in schools, it is Black kids who are disproportionately dropping-out, it is housing communities with large concentrations of Black residents where the sense of vulnerability and disadvantage is most acute, it is Black employees, professional and non-professional, on whom the doors of upward equity slam shut. Just as the soothing balm of “multiculturalism” cannot mask racism, so racism cannot mask its primary target. [Emphasis added.]

(*Stephen Lewis Report on Race Relations in Ontario* (1992), p. 2)

In *Parks*, Doherty J.A. also referred, at p. 367, to a study prepared for the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution by W. Head and D. H. Clairmont which demonstrated racial

Les études citées par le juge Doherty étayaient amplement sa conclusion que les stéréotypes raciaux négatifs sont largement répandus dans notre société (selon les résultats d'un sondage Angus Reid plus récent, 45 p. 100 des Canadiens associent les minorités visibles, les Noirs et les Vietnamiens en particulier, à la criminalité : voir l'arrêt *Koh*, par. 9 et 22). Un bref survol des études considérées dans *Parks* relativement à la première étape (le volet attitude) donne une idée de ce qui était en jeu. Selon le document intitulé *L'élimination de la discrimination raciale au Canada* (1989), les gens qui ne sont pas de race blanche ou qui ont un accent prononcé sont victimes de préjugés qui font obstacle à l'obtention d'un bon emploi, d'une promotion, d'une rémunération équitable (p. 7) et d'un logement (p. 10). Le juge Doherty a insisté particulièrement sur le rapport datant de juin 1992 que M. Stephen Lewis a rédigé en sa qualité de conseiller en matière de relations interraciales auprès du premier ministre de l'Ontario. En voici un extrait (cité par le juge Doherty aux p. 367-368) :

D'abord, ce à quoi nous avons affaire, fondamentalement, c'est à un racisme anti-Noirs. Bien qu'il soit vrai, de toute évidence, que chacune des minorités visibles ressent les indignités et les blessures de la discrimination systémique qui sévit dans tout le Sud de l'Ontario, c'est la communauté noire qui est particulièrement visée. Ce sont les hommes noirs que l'on tue, ce sont les adolescentes et les adolescents noirs qui sont au chômage en nombres excessifs, ce sont les élèves noirs que l'on regroupe d'une façon qui ne correspond pas à leurs aptitudes véritables, ce sont les jeunes noirs qui abandonnent l'école en nombres disproportionnés, c'est dans les ensembles de logement où la concentration de résidentes et de résidents noirs est la plus forte que l'on se sent le plus vulnérable et le plus défavorisé, c'est au nez du personnel noir, professionnel et non professionnel, que claquent les portes de l'équité et de la promotion. De même que le baume du « multiculturalisme » ne peut pas masquer le racisme, le racisme ne peut pas masquer la cible qu'il vise en priorité. [Je souligne.]

(*Rapport de Stephen Lewis sur les relations interraciales en Ontario* (1992), p. 2)

Dans l'arrêt *Parks*, à la p. 367, le juge Doherty mentionne également une étude réalisée par W. Head et D. H. Clairmont pour la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. Il y est fait

discrimination against blacks and Micmacs in Nova Scotia's criminal justice system. Reference was also made to a number of reports of the federal and provincial human rights commissions which detail instances of racial discrimination. Doherty J.A. was satisfied, on the initial question of attitude, that racial prejudice was deep, widespread and difficult to dislodge (p. 371).

34 Finlayson J.A. subsequently held in *Koh* that the potential of such prejudice extends to "visible minorities" generally, and that judicial notice can and should be taken of this fact. There is no evidence, and no suggestion from the defence here, that there is any particular antipathy in Canada between people who are black and people who are East Indian (or Asians generally). Mr. Qaisar Saleem as an East Indian falls within the protected group of visible minorities. The question is how sensitivity to Mr. Saleem's racial origins aggravated or otherwise altered the jeopardy of the accused respondent on the facts of this case.

2. Step Two: Is the Generic Prejudice Thus Identified Likely to Result in Aberrant Juror Behaviour Despite the Judge's Instructions to Deal Impartially With the Case on the Basis of the Facts and the Law?

35 It is not enough to demonstrate a source of prejudice. Rather, to meet the threshold test, it must also be shown that there is a "realistic possibility" that some individuals called for jury duty might not be capable of setting aside their bias on instructions from the judge (the "behavioural" component). This second step need not necessarily be established by reports or studies:

Where widespread racial bias is shown, it may well be reasonable for the trial judge to infer that some people will have difficulty identifying and eliminating their biases. [Emphasis added.]

(*Williams*, at para. 23; see also paras. 36 and 38.)

état de la discrimination raciale dont sont victimes les Noirs et les Micmacs dans le système de justice pénale de la Nouvelle-Écosse. Le juge Doherty cite par ailleurs un certain nombre de rapports de commissions des droits de la personne des paliers fédéral et provincial donnant des exemples détaillés de discrimination raciale. Il était convaincu, en ce qui a trait à la première étape (le volet attitude), que le préjugé racial était profond, répandu et difficile à extirper (p. 371).

Par la suite, le juge Finlayson a statué dans l'arrêt *Koh* que les « minorités visibles » en général peuvent être l'objet de tels préjugés et que le tribunal peut et doit prendre connaissance d'office de ce fait. Il n'y a aucune preuve qu'il existe au Canada une antipathie particulière entre les Noirs et les Indo-Pakistanaïens (ou les Asiatiques en général), et la défense ne l'a pas laissé entendre en l'espèce. En tant qu'Indo-Pakistanaïen, M. Qaisar Saleem fait partie du groupe protégé que forment les minorités visibles. La question est de savoir en quoi la sensibilité à l'origine raciale de M. Saleem a accru ou modifié par ailleurs le risque de condamnation pénale de l'intimé compte tenu des faits de l'espèce.

2. Deuxième étape : Le préjugé générique ainsi établi est-il susceptible de susciter un comportement aberrant chez un juré malgré la directive du juge de trancher l'affaire avec impartialité en fonction des faits et du droit?

Il ne suffit pas de démontrer l'existence d'un motif de préjugé. Au contraire, pour satisfaire au critère préliminaire, il faut également prouver qu'il y a une « possibilité réaliste » que certaines personnes appelées à agir comme jurés puissent, après avoir reçu les directives du juge, être incapables de laisser de côté leurs préjugés (le volet « comportement »). Ce deuxième élément n'a pas à être établi par des rapports ou des études :

Lorsque l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démontrée, il peut bien être raisonnable pour le juge du procès de déduire que certaines personnes auront de la difficulté à déceler et à éliminer leurs préjugés. [Je souligne.]

(*Williams*, par. 23; voir aussi les par. 36 et 38.)

It was considered reasonable on the facts of *Williams* to infer not only that widespread racial bias against aboriginals could lead to partiality, but that the accused having crossed the “colour line” against a white victim might further aggravate the prejudice. These inferences were made against a long and problematic history in parts of British Columbia between whites and aboriginal people, intensified “in recent years as a result of developments in such areas as land claims and fishing rights” (para. 58).

The deeper and more ingrained the prejudice, the more difficult it may be to control. In *Williams*, McLachlin J. had this to say:

We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. [para. 22]

The material examined by Doherty J.A. in *Parks* to determine whether jurors with a racist outlook could set aside their bias in the context of a criminal trial (i.e., the behavioural issue) was not, he acknowledged, as satisfactory as the material on the first (attitudinal) issue. However, looking at a range of studies both in the United States and Canada involving black accused and white victims, he concluded, at p. 373:

Even accepting that these studies suffer from the inadequacies detailed by the critics, they clearly go at least so far as to indicate that there is a realistic possibility that jurors’ verdicts are affected by the race of the accused where that accused is of a different race than the juror.

Doherty J.A. then offered the generalization that lies at the heart of the present appeal (at p. 373):

This possibility is greater in crimes involving interracial violence where the victim is of the same race as the juror.

Compte tenu des faits dans l’affaire *Williams*, il était raisonnable de conclure non seulement que les préjugés raciaux contre les autochtones — largement répandus dans la population — pouvaient être une source de partialité, mais aussi que le fait que l’accusé avait franchi la « barrière des races » en s’en prenant à une victime blanche accentuerait ces préjugés. Ces conclusions ont été tirées dans le contexte d’une longue histoire conflictuelle entre autochtones et non-autochtones dans certaines parties de la Colombie-Britannique, situation qu’ont envenimée les « événements survenus ces dernières années dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche » (par. 58).

Plus un préjugé est profondément enraciné, plus il peut être difficile de le juguler. Dans l’arrêt *Williams*, la juge McLachlin a dit :

Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d’autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d’impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. [par. 22]

Dans l’arrêt *Parks*, le juge Doherty a reconnu que la documentation qu’il avait examinée pour déterminer si un juré aux idées racistes pourrait faire abstraction de celles-ci dans un procès criminel (le volet comportement) n’était pas aussi satisfaisante que celle portant sur le premier élément (le volet attitude). Toutefois, après avoir consulté une série d’études américaines et canadiennes sur des accusés de race noire et des victimes de race blanche, il a conclu à la p. 373 :

[TRADUCTION] Même en admettant qu’elles comportent toutes les lacunes qu’on leur reproche, ces études indiquent au moins clairement qu’il y a une possibilité réaliste que le verdict d’un juré soit influencé par la race de l’accusé lorsqu’elle est différente de la sienne.

Le juge Doherty a ensuite fait la généralisation qui est au cœur même du présent pourvoi (p. 373) :

[TRADUCTION] Cette possibilité s’accroît dans le cas d’un crime violent interracial où la victime est de la même race que le juré.

36

37

38

39

It seems to me impossible to detach this conclusion from the black/white context which the studies addressed, and with which *Parks* itself was concerned. For example, both *Williams*, at para. 11, and *Parks*, at p. 364, cite S. L. Johnson, “Black Innocence and the White Jury” (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611, which, at pp. 1634 *et seq.* analyses a number of U.S. studies that evaluate the impact of the race of the victim on the trial outcome of a black accused. The author suggests these studies “pose the possibility of a cumulative effect of the race of the defendant and the race of the victim, such that the black defendant on trial for a crime against a white victim is doubly disadvantaged” (p. 1634 (emphasis added)). Similarly, when Doherty J.A.’s *dictum* was accepted by this Court in *Williams*, it was in the context of an aboriginal accused and a white victim. In both *Parks* and *Williams*, the concern of the respective courts was with the possibility that the interracial nature of the crime might exacerbate the already strong prejudice *against* the black or aboriginal accused. There is nothing in the record to suggest that the fact that the complainant is East Indian would exacerbate racist emotions against the black accused. In any event, that is not the respondent’s argument. He is worried about a “natural sympathy” that might be felt by an East Indian juror for an East Indian victim, thereby indirectly creating further prejudice that would be applicable to *any* accused of a different race.

40

Parks is a leading authority in this area, but its conclusions cannot be extended, as the respondent would ask, to include a potential “sympathy factor” between jurors and complainants in all situations where both are members of visible minorities. I do not suggest that no such link exists. I conclude only that it is not established by the studies and reports cited in *Parks*.

41

As stated, Mr. Qaisir Saleem and the respondent suffer the burden of discrimination against visible minorities. It is up to the defence to show an “air of reality” to the assertion that Mr. Saleem’s racial origin has the realistic potential of aggravating

Il me semble impossible de dissocier cette conclusion du cas considéré dans ces études et sur lequel porte également l’arrêt *Parks*, celui des Blancs et des Noirs. Par exemple, les arrêts *Williams* et *Parks* citent aux par. 11 et à la p. 364 respectivement S. L. Johnson qui, dans un article intitulé « Black Innocence and the White Jury » (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611, p. 1634 et suiv., analyse un certain nombre d’études américaines relatives à l’influence de la race de la victime sur le verdict rendu à l’issue du procès d’un accusé noir. L’auteure laisse entendre que ces études [TRADUCTION] « permettent de penser que la race du défendeur et celle de la victime peuvent avoir un effet cumulatif, de sorte que le défendeur noir jugé pour un crime commis contre une victime blanche est doublement désavantagé » (p. 1634 (je souligne)). De même, dans l’affaire *Williams*, où notre Cour a fait sienne l’opinion incidente du juge Doherty, l’accusé était autochtone et la victime *blanche*. Dans les arrêts *Parks* et *Williams*, les deux cours ont dit craindre que la nature interracial du crime accentue des préjugés déjà vivaces *contre* l’accusé qui était noir dans un cas et autochtone dans l’autre. Aucun élément du dossier ne permet de croire que l’origine indo-pakistanaise du plaignant pourrait galvaniser le sentiment raciste contre l’accusé noir. De toute façon, ce n’est pas ce que prétend l’intimé. Il redoute la « sympathie naturelle » que pourrait ressentir un juré indo-pakistanaise à l’égard d’une victime de même origine, créant ainsi indirectement un autre préjugé qui s’appliquerait à *tout* accusé de race différente.

L’arrêt *Parks* est un arrêt de principe en la matière, mais on ne saurait, comme nous y invite l’intimé, élargir ses conclusions de façon à y inclure la « sympathie » éventuelle entre jurés et plaignants dans tous les cas où ils sont membres de minorités visibles. Je ne nie pas l’existence d’un tel lien. Je conclus simplement que les études et les rapports cités dans l’arrêt *Parks* ne l’ont pas établie.

Je le répète, M. Qaisir Saleem et l’intimé subissent les conséquences de la discrimination contre les minorités visibles. La défense doit prouver la « vraisemblance » de l’affirmation selon laquelle l’origine raciale de la victime fait naître une

prejudice against the respondent. This burden was met in *Williams* and *Parks* with respect to a white victim whose complaint was expected in each case to be heard by a predominantly white jury, but the potential for bias is not assessed in the abstract. It must be looked at in the context of the facts and issues of a particular case (*Find*, at para. 36).

Almost all of the case law since *Parks* has relied on Doherty J.A.'s pioneering analysis. Little that is new in the nature of empirical studies or analysis is referred to in subsequent judgments or was adduced by the parties here. *Parks* showed that a black accused has reason to fear that some members of the Toronto community may be wrongly influenced by the colour of his or her skin. The studies relied on there do not, however, show a realistic possibility that a potential juror who could impartially judge the accused despite his being black (the question that was asked here) would lose that impartiality on realizing that the victim was East Indian (the "interracial question" that was refused). A further step or inference would be required.

In *Wilson*, the second of the quartet of Ontario Court of Appeal cases on this subject, McMurtry C.J.O. extended the *Parks* analysis and concluded that "the question permitted by this court in *Parks* with the appropriate modification should be allowed in any jury trial in Ontario where the accused is black" (p. 94).

In *Koh*, the third in the series, the accused were Chinese charged with various drug-trafficking offences. The defence provided affidavits from experts and an Angus Reid Group Poll to demonstrate racism against visible minorities. Finlayson J.A. found that this evidence was only "marginally relevant to the issue in question" (para. 24). Nevertheless, he held that "in spite of the absence of compelling evidence in support of the *Sherratt* threshold test, it is not to be doubted that racist sentiment against persons of Chinese origin is present amongst the residents of Toronto and in

possibilité réaliste d'accentuation des préjugés contre l'accusé. Elle s'est acquittée de cette obligation dans les affaires *Williams* et *Parks* où la plainte de la victime, qui était blanche, devait, dans chaque cas, être entendue par un jury essentiellement composé de Blancs. Toutefois, le risque de partialité ne s'évalue pas dans l'abstrait, mais en fonction des faits et des questions en litige dans une affaire donnée (*Find*, par. 36).

Depuis l'arrêt *Parks*, presque toutes les décisions rendues ont repris l'analyse novatrice du juge Doherty. Peu d'éléments nouveaux — qu'il s'agisse d'études ou d'analyses empiriques — ont été mentionnés dans les décisions ultérieures ou offerts en preuve par les parties en l'espèce. L'arrêt *Parks* a montré qu'un accusé noir a raison de craindre que certains Torontois se laissent indûment influencer par la couleur de sa peau. Les études invoquées n'indiquent toutefois pas l'existence d'une possibilité réaliste qu'un candidat juré apte à juger impartialement l'accusé même s'il est noir (la question posée en l'espèce) perde son impartialité en apprenant que la victime est indo-pakistanaise (l'élément « interracial » exclu de la question). Il faudrait une autre étape ou inférence.

Dans *Wilson*, le deuxième des quatre arrêts rendus sur le sujet par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef McMurtry a accru la portée de l'analyse dans *Parks* et conclu qu'[TRADUCTION] « une fois modifiée comme il se doit, la question autorisée par [la Cour d'appel] dans *Parks* devrait pouvoir être posée dans tout procès devant jury en Ontario lorsque l'accusé est noir » (p. 94).

Dans *Koh*, le troisième de la série, des Chinois étaient accusés de diverses infractions relatives au trafic des stupéfiants. La défense a produit des affidavits d'experts ainsi que les résultats d'un sondage du groupe Angus Reid pour établir le racisme dont étaient victimes les minorités visibles. Le juge Finlayson a conclu que ces éléments de preuve ne présentaient [TRADUCTION] « qu'un intérêt minime pour le règlement de la question en litige » (par. 24). Il a néanmoins conclu que [TRADUCTION] « malgré l'absence de preuves convaincantes qui satisfassent au critère préliminaire formulé dans l'arrêt *Sherratt*,

42

43

44

sufficient numbers to raise serious concerns” (para. 25). Thus, the court ruled, Ontario courts should allow a challenge for cause question by a member of any visible racial minority without formal proof of community prejudice (para. 28).

I stress visible when referring to minorities, because I accept the submission of the intervener that distinctions between the various ethnic groups that make up the Asian community are unhelpful. The prejudice, where it occurs, is triggered by skin colour. The same would apply to all visible non-Caucasian minorities. [Emphasis added; para. 30.]

In *Koh*, the defence had not asked for the “inter-racial” question (para. 8), and the court did not address the issue.

45

The last case in the Ontario quartet relied upon by the respondent is *Campbell*. In that case, the appellant, a black man, was charged with sexually assaulting a 16-year-old white woman. The trial judge permitted counsel to ask a question based on the fact that the appellant was black. However, as here, he refused to permit counsel to include in the question any reference to the fact that the complainant was white. The black/white situation was covered by *Parks* and in that context, the Ontario Court of Appeal stated (at p. 262):

There may be potential jurors who would consider that they would be able to reach an impartial verdict in the case of a black accused but not in the case where the victim of the alleged violence is white. At the time of the challenge for cause in this case, the potential jurors would not have known the colour of the complainant. The question permitted by the trial judge failed to inquire into the critical concern of partiality that may flow solely from the interracial nature of the offence.

Once again, the context was black/white relations and once again the concern was that the allegation of the assault was against a white woman across the colour line. It was feared that before a predominantly white jury, this would be an inflammatory

il est indubitable que des Torontois entretiennent des sentiments racistes à l’égard des personnes d’origine chinoise et ce, en si grand nombre qu’il y a lieu de s’en inquiéter » (par. 25). La Cour d’appel a donc statué que les tribunaux ontariens devaient permettre à un membre d’une minorité visible de recourir à la récusation pour cause de préjugé sans exiger qu’il établisse formellement l’existence d’un préjugé dans la collectivité (par. 28).

[TRADUCTION] J’insiste sur la visibilité lorsque je parle de minorités parce que je conviens avec l’intervenant que les distinctions entre les divers groupes ethniques qui forment la communauté asiatique ne sont d’aucune utilité. Les préjugés, lorsqu’ils existent, tiennent à la couleur de la peau. Cela vaut également pour toutes les minorités visibles non blanches. [Je souligne; par. 30.]

Dans l’affaire *Koh*, la défense n’avait pas demandé que la question fasse état de l’élément « interracial » (par. 8), et la Cour d’appel ne s’est pas prononcée à ce sujet.

L’arrêt *Campbell* est le dernier des quatre arrêts ontariens invoqués par l’intimé. Dans cette affaire, l’appellant, un Noir, était accusé d’avoir agressé sexuellement une jeune blanche de 16 ans. Le juge du procès avait accepté que la question posée par l’avocat de la défense précise que l’appellant était noir. Toutefois, comme en l’espèce, il avait refusé qu’elle mentionne que la plaignante était blanche. L’arrêt *Parks* portant sur le cas d’un Noir et d’un Blanc, la Cour d’appel de l’Ontario a dit (p. 262) :

[TRADUCTION] Un candidat juré pourrait s’estimer apte à rendre un verdict impartial lorsque l’accusé est noir, mais inapte à le faire lorsque la victime de la violence alléguée est blanche. Au moment d’être interrogé en l’espèce, le candidat juré aurait ignoré la race de la plaignante. La question autorisée par le juge du procès faisait fi de la crainte fondamentale que le caractère interracial de l’infraction soit à lui seul une source de partialité.

Encore une fois, le contexte était celui des relations entre Blancs et Noirs. Encore une fois, il était allégué que l’accusé avait franchi la barrière des races en s’en prenant à une femme blanche. L’on craignait que les préjugés raciaux existant déjà au sein d’un

feature of a situation already infused with racial prejudice.

The respondent argues that racial prejudice is not the exclusive preserve of white people. This is undoubtedly true, but the earlier case law dealt with white victims and accused persons drawn from different visible minorities. The reasoning in those cases did not extend, because it did not need to extend, to consider the further step of whether the dynamics as between people who all belong to visible minorities, and who do not share the same historical experience as in the studies analysed in *Parks*, are necessarily the same.

Accordingly, I conclude that neither the Ontario quartet of *Parks, Wilson, Koh* and *Campbell*, nor the studies on which they are based, cover the present case. To the extent that interracial crime was involved, it was treated (as is *Williams*) as a circumstance potentially aggravating (in the minds of the white majority) existing prejudice against a member of a visible minority. The general statements made in those cases about “interracial” crime have to be considered in that context. I do not think the observations in *Campbell* about the inflammatory effect of an alleged sexual assault by a black man of a 16-year-old white girl can simply be transposed to the allegation of a robbery by a black accused of an East Indian pizza deliveryman, especially where the defence argument here has to do not with race-based hostility but with a general theory of race-based “natural sympathy”.

B. *To the Extent This Case Requires an Extension of the Principles Accepted in Those Decisions, Is the Extension Justified by Matters of Which Judicial Notice Can Be Taken?*

It is not to be doubted that evidence of *how* and *to what extent* racial discrimination affects the behaviour of jurors is difficult to come by, as noted by Finlayson J.A. in *Koh* (paras. 28 and 41). The intervener, African Canadian Legal Clinic, in a useful submission that went beyond the more case law oriented argument of the respondent, urged the

jury composé principalement de Blancs en soient exacerbés.

L'intimé soutient que le préjugé racial n'est pas l'apanage des Blancs. Il a certes raison, mais dans les décisions antérieures, les victimes étaient blanches et les accusés appartenaient à différentes minorités visibles. Dans ces décisions, les tribunaux ne se sont pas demandé — ce n'était pas nécessaire — si la dynamique est forcément la même entre des personnes qui font toutes partie de minorités visibles, mais qui ne partagent pas la même expérience historique que les personnes visées par les études analysées dans *Parks*.

Par conséquent, je conclus que ni les quatre arrêts ontariens — *Parks, Wilson, Koh* et *Campbell* — ni les études sur lesquelles ils se fondent, ne s'appliquent en l'espèce. L'aspect interracial a été considéré (dans *Williams*) comme une circonstance susceptible d'accentuer les préjugés d'un membre de la majorité blanche contre un membre d'une minorité visible. C'est dans ce contexte qu'il faut considérer leurs énoncés généraux concernant le crime « interracial ». Je ne pense pas que le passage de l'arrêt *Campbell* sur l'effet incendiaire de l'agression sexuelle alléguée d'une jeune blanche de 16 ans par un homme noir puisse s'appliquer au vol qualifié qu'aurait commis un accusé noir contre un livreur de pizzas indo-pakistanaï, d'autant plus que, en l'espèce, la défense invoque non pas l'hostilité fondée sur la race mais plutôt, de façon générale, une « sympathie naturelle » fondée sur la race.

B. *Dans la mesure où le règlement de la présente affaire exige une application élargie des principes reconnus dans ces décisions, un tel élargissement est-il justifié par des éléments dont il peut être pris connaissance d'office?*

Comme l'a signalé le juge Finlayson dans l'arrêt *Koh* (par. 28 et 41), il est indubitablement difficile de prouver *comment* et *dans quelle mesure* la discrimination raciale influence le comportement d'un juré. Dans une plaidoirie instructive allant au delà de l'argumentation de l'intimé, axée davantage sur la jurisprudence, l'intervenante African Canadian

46

47

48

Court to fill the evidentiary gap with the taking of judicial notice that where the complainant is also a member of a visible minority

[r]acial bias can affect the fairness of the trial process . . . for example affecting juror assessment of credibility and weight of the evidence, shaping information received during the trial, consideration of the accused's propensity for criminality, and favouring of the Crown or witnesses. During the trial process stereotypes relating to both the complainant and the accused may interact and affect a potential juror. The operation of biases in this context is potentially harmful, unpredictable, and can skew the outcome in innumerable ways.

Juror impartiality may arise from a favouring of the victim over the accused because the victim is from the same racialized group as the juror. [paras. 34-35]

49

In taking this broad approach to judicial notice, the intervenor was perhaps invoking the work of the great American expert on the law of evidence, Professor James Thayer, who wrote in 1890 that “courts may and should notice without proof, and assume as known by others, whatever, as the phrase is, everybody knows” (“Judicial Notice and the Law of Evidence” (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285, at p. 305 (emphasis added)). In taking this view, he is largely supported by Dean Wigmore. (See *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (Chadbourn rev. 1981), at p. 732.) From time to time, similarly broad statements have issued from this Court. No less strict a judge than Duff C.J. was prepared in 1938 to take judicial notice of “facts which are known to intelligent persons generally”: *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 128. More recently Beetz J. in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, took judicial notice of a number of “facts” dealing with the habits and lifestyles of children and adolescents on the basis that judges “cannot disregard” such obvious things that are part of our everyday experience:

The courts cannot be unaware that children and adolescents generally have limited financial resources, amounts given to them by their parents for meals, transportation and other small expenses, or earned for

Legal Clinic a pressé notre Cour de combler les lacunes de la preuve en admettant d’office que lorsque le plaignant est lui aussi membre d’une minorité visible

[TRADUCTION] [I]es préjugés raciaux peuvent compromettre l’équité du procès [. . .] par exemple, en influençant les jurés dans l’appréciation de la crédibilité et de l’importance de la preuve, en imprimant une orientation aux renseignements obtenus au cours du procès, en suscitant l’interrogation sur la propension au crime et en favorisant le ministère public ou des témoins. Pendant le procès, les stéréotypes visant le plaignant et l’accusé peuvent interagir et influencer le juré. Dans un tel contexte, l’existence de préjugés est imprévisible, risque d’être préjudiciable et peut fausser le résultat d’innombrables façons.

Un juré peut faire preuve de partialité en favorisant la victime au détriment de l’accusé parce qu’elle appartient au même groupe racial que lui. [par. 34-35]

Pour préconiser une interprétation aussi large de la connaissance d’office, l’intervenante s’est peut-être inspirée du grand expert américain du droit de la preuve, le professeur James Thayer, qui a écrit en 1890 que [TRADUCTION] « les tribunaux peuvent et doivent admettre d’office ce que tout le monde sait et présumer que les autres le savent aussi » (« Judicial Notice and the Law of Evidence » (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285, p. 305 (je souligne)). Ce point de vue a largement été repris par le doyen Wigmore. (Voir *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (Chadbourn rev. 1981), p. 732.) Il est arrivé à notre Cour d’adopter un point de vue aussi large. Un juge aussi strict que le juge en chef Duff a accepté en 1938 de prendre connaissance d’office de [TRADUCTION] « faits qui sont connus des personnes intelligentes en général » : *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 128. Plus récemment, dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, le juge Beetz a pris connaissance d’office de nombreux « faits » concernant les habitudes et le style de vie des enfants et des adolescents au motif que les juges « ne peuvent faire abstraction » de choses aussi évidentes de la vie de tous les jours :

Les tribunaux ne peuvent ignorer que les enfants et les adolescents ne disposent généralement que de maigres ressources financières, sommes versées par leurs parents pour leurs collations, frais de transport et autres

work usually done after school on a part-time basis. The courts cannot disregard the attraction which amusement machines and amusement halls are likely to exert on children and adolescents, or the difficulty characteristic of their age group which such young persons may have in resisting them, both while they have money and when they run out of it. [pp. 382-83]

Professor Thayer's view was that "[i]n conducting a process of judicial reasoning, as of other reasoning, not a step can be taken without assuming something which has not been proved" (pp. 287-88). I would add the comment of Scrutton L.J.:

It is difficult to know what judges are allowed to know, though they are ridiculed if they pretend not to know.

(*Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467 (C.A.), at p. 475)

This is true, so far as it goes. The Court's judgment in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, for instance, talked at length about the functioning of clothes washing machines, even though no washing machine had been filed as a trial exhibit, and no special instruction about their general operations was offered through the expert witnesses. It was just that "everyone" knew.

Thayer's approach to judicial notice has its role but I do not think it helps us to solve the issue posed by the African Canadian Legal Clinic. There are at least three difficulties standing in its way. Firstly what "everybody knows" may be wrong. Until *Parks*, "everybody" knew the solemnity of a criminal trial and careful jury instructions from the judge meant there was little possibility that potential jurors in Toronto would be influenced by racial prejudice (Doherty J.A., at p. 360 of *Parks*, cites a number of trial decisions where race-based challenges for cause were rejected for that reason). Common law judges in early Tudor England would presumably have taken judicial notice of the "fact" that the sun revolves around the earth. Secondly, there is the problem of trial fairness. Where do these facts come from and how are the parties going to address them? How can parties who are prejudiced by the taking of judicial notice rebut what "everybody"

menues dépenses, ou bien salaire de travaux accomplis le plus souvent à temps partiel en dehors des heures d'école. Les tribunaux ne peuvent faire abstraction de l'attrait que les appareils d'amusement et les salles d'amusement sont susceptibles d'exercer sur les enfants et les adolescents, non plus que de la difficulté, propre à leur âge, que ces jeunes peuvent éprouver à y résister tant que durent leurs ressources comme après qu'elles sont épuisées. [p. 382-383]

Le professeur Thayer estimait qu'[TRADUCTION] « [a]ucune étape d'un raisonnement judiciaire ou autre ne peut être franchie sans que ne soit admis quelque chose dont la preuve n'a pas été faite » (p. 287-288). Ce à quoi le lord juge Scrutton a ajouté :

[TRADUCTION] Il n'est pas facile de savoir ce que les juges peuvent connaître d'office; il est plus facile de les tourner en ridicule lorsqu'ils en soulignent les limites.

(*Tolley c. Fry*, [1930] 1 K.B. 467 (C.A.), p. 475)

C'est tout à fait exact. Dans *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, par exemple, notre Cour s'est prononcée en détail sur le fonctionnement de laveuses, même si aucun appareil n'avait été produit en preuve et même si aucun témoin expert n'avait donné d'explications particulières sur leur fonctionnement général : « tout le monde » savait ce qui en était.

La façon dont Thayer conçoit la connaissance d'office a son importance, mais je ne crois pas qu'elle contribue au règlement de la question soulevée par l'African Canadian Legal Clinic. Au moins trois difficultés font obstacle. Premièrement, ce que « tout le monde sait » peut être erroné. Avant l'arrêt *Parks*, « tout le monde » savait qu'en raison de la solennité d'un procès criminel et des directives minutieuses du juge au jury, il était peu probable qu'un candidat juré de Toronto se laisse influencer par des préjugés raciaux (à la p. 360 de cet arrêt, le juge Doherty cite un certain nombre de décisions de première instance où la récusation fondée sur la race avait été refusée pour ce motif). On peut penser qu'au début du règne des Tudor en Angleterre, les juges de common law auraient admis d'office le « fait » que le Soleil tourne autour de la Terre. Deuxièmement, il y a le problème de l'équité du procès. Quelle est l'origine de ces faits et comment

knows unless a plausible source is put to them for their comment and potential disagreement? (See *R. v. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83 (Ont. C.A.), at p. 94.) A third problem is that judges occasionally contradict each other about some “fact” that “everybody” knows, even on the same court in the same case. Thus, in *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85, Martland and Ritchie JJ., dissenting, pointed out, at p. 91, that the majority and dissenting judges in the court below had taken judicial notice of flatly contradictory facts, namely whether it was usual or unusual to find water in substantial quantities on the floor of a Manitoba bank in wintertime. More dramatically, in *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), where the issue before the Supreme Court of the United States was whether a sitting President is entitled to automatic immunity during his term of office with respect to private conduct prior to his election to the presidency, the court stated with confidence with respect to the Paula Jones affair that “it appears to us highly unlikely to occupy any substantial amount of petitioner’s time” (p. 702).

52

While courts have accepted the widespread existence of racism, and the likelihood that anti-black racism is aggravated when the alleged victim is white, there is no similar consensus that “everybody knows” a juror of a particular race is likely to favour a complainant or witness of the same race, despite the trial safeguards and the trial judge’s instruction to the contrary.

53

Still less can it be said that such favouritism satisfies the more stringent test of judicial notice adopted by this Court in *Find*, at para. 48, *per McLachlin C.J.*:

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial

les parties entendent-elles les aborder? Comment une partie lésée par leur admission d’office peut-elle réfuter ce que « tout le monde » sait à défaut d’une source plausible qu’elle puisse commenter et éventuellement contester? (Voir *R. c. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83 (C.A. Ont.), p. 94.) La troisième difficulté réside dans le fait que les juges d’un même tribunal, saisis d’une même affaire, se contredisent parfois l’un l’autre au sujet d’un « fait » dont « tout le monde » est au courant. Ainsi, dans *Campbell c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 85, les juges Martland et Ritchie, dissidents, ont signalé à la p. 91 que les juges majoritaires et les juges dissidents du tribunal inférieur avaient pris connaissance d’office de faits parfaitement contradictoires quant à savoir s’il était habituel ou non, en hiver, que de grandes quantités d’eau recouvrent le plancher d’une banque manitobaine. Pis encore, dans *Clinton c. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), appelée à déterminer si, pendant son mandat, le président jouit automatiquement de l’immunité à l’égard de son comportement en privé avant son élection, la Cour suprême des États-Unis a dit avec aplomb au sujet de l’affaire Paula Jones : [TRADUCTION] « il nous semble très peu probable que le requérant ait à consacrer beaucoup de temps à cette affaire » (p. 702).

Les tribunaux reconnaissent que le racisme est largement répandu et que le préjugé contre les Noirs peut s’accroître lorsque la présumée victime est blanche, mais ils ne conviennent pas pour autant que « tout le monde sait » qu’un juré d’une race donnée est susceptible d’être favorable à un plaignant ou à un témoin de la même race, malgré les garanties qu’offre le procès et la directive contraire du juge du procès.

L’existence d’un tel préjugé favorable satisfait encore moins au critère plus strict applicable à la connaissance d’office que notre Cour a adopté dans l’arrêt *Find*. Voici comment s’est exprimée la juge en chef McLachlin au par. 48 :

La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par

notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy

This stricter formulation adopted in *Find* was originally put forward by Professor E. M. Morgan in “Judicial Notice” (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269. Morgan, in common with other critics, took the view that the Thayer formulation of judicial notice was too broad. It allowed the courts to make too much use of out-of-court information, and did not sufficiently recognize the limitations on a judge imposed by the adversarial process and fair trial considerations. The narrower Morgan view is found in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055, and D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at p. 285. I do not think the African Canadian Legal Clinic’s view of race-based sympathy for victims (or partiality in favour of certain witnesses) is so notoriously correct as “not to be the subject of debate among reasonable persons”. Nor is it capable of immediate demonstration by resort to “readily accessible sources of indisputable accuracy” (*Find*, at para. 48).

Unlike Professor Thayer, for whom judicial notice created a rebuttable presumption of accuracy, Professor Morgan (at p. 273) necessarily concluded that if certain facts were properly made subject to judicial notice, they were, by definition, not open to rebuttal. In this, he was supported by Professor C. T. McCormick, who wrote that “a ruling that a fact will be judicially noticed precludes contradictory evidence”; see “Judicial Notice” (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296, at p. 322. In *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), the court said that “[t]he generally accepted modern view . . . is that where the court takes judicial notice of a matter, the judicial notice is final” (p. 150). On this

contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable . . .

Ce critère strict a initialement été proposé par E. M. Morgan dans « Judicial Notice » (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269. Comme d’autres observateurs, le professeur Morgan estimait que la connaissance d’office, comme la concevait Thayer, avait une portée trop large. En effet, elle permettait aux tribunaux de faire un usage immodéré des renseignements extrajudiciaires et ne tenait pas suffisamment compte des limites imposées par la procédure contradictoire et les considérations relatives à l’équité du procès. La conception plus étroite de Morgan est reprise dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 1055, et dans D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2^e éd. 1999), p. 285. À mon avis, malgré ce que prétend l’African Canadian Legal Clinic, la sympathie pour une victime de même race (ou la partialité en faveur d’un témoin) n’est pas notoirement avérée « au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables ». Son existence n’est pas non plus susceptible d’être démontrée immédiatement en ayant recours à des « sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable » (*Find*, par. 48).

Contrairement au professeur Thayer, pour qui la connaissance d’office créait une présomption réfutable d’exactitude, le professeur Morgan a nécessairement conclu (à la p. 273) que si certains faits pouvaient à juste titre être admis d’office, ils ne pouvaient par définition être réfutés. À cet égard, il a obtenu l’appui du professeur C. T. McCormick, selon lequel [TRADUCTION] « la décision d’admettre un fait d’office empêche toute preuve contraire »; voir « Judicial Notice » (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296, p. 322. Dans *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), la Cour d’appel a dit que [TRADUCTION] « [s]uivant la conception généralement admise de nos jours, lorsqu’un tribunal

54

55

view, acceptance through judicial notice of the broad race-based thesis of the intervener African Canadian Legal Clinic would not only stretch the elasticity of judicial notice, it would create a set of irrebutable presumptions about how individuals called to jury duty can be expected to think. If there is one thing most of the social science studies agree upon, it is that much work remains to be done in Canada within the limits imposed by s. 649 of the *Criminal Code* to clarify our working assumptions about jury behaviour.

56

It could be argued that the requirements of judicial notice accepted in *Find* should be relaxed in relation to such matters as laying a factual basis for the exercise of a discretion to permit challenges for cause. These are matters difficult to prove, and they do not strictly relate to the adjudication of guilt or innocence, but rather to the framework within which that adjudication is to take place. Such non-adjudicative facts are now generally called “social facts” when they relate to the fact-finding process and “legislative facts” in relation to legislation or judicial policy. Juror partiality is a question of fact, and what the African Canadian Legal Clinic invites us to do is to take judicial notice of the “social facts” of different aspects of racism.

57

“Social fact” evidence has been defined as social science research that is used to construct a frame of reference or background context for deciding factual issues crucial to the resolution of a particular case: see, e.g., C. L’Heureux-Dubé, “Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context” (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 551, at p. 556. As with their better known “legislative fact” cousins, “social facts” are general. They are not specific to the circumstances of a particular case, but if properly linked to the adjudicative facts, they help to explain aspects of the evidence. Examples are the Court’s acceptance of the

prend connaissance d’office de quelque chose, sa décision est finale » (p. 150). Selon cette interprétation, admettre d’office la thèse générale de la partialité raciale avancée par l’intervenante African Canadian Legal Clinic repousserait non seulement au maximum les limites de la connaissance d’office, mais créerait aussi un ensemble de présomptions irréfragables concernant le comportement prévisible d’un candidat juré. S’il est une chose sur laquelle s’entendent la plupart des études réalisées dans le domaine des sciences sociales, c’est qu’il reste beaucoup à faire au Canada, compte tenu des obstacles posés par l’art. 649 du *Code criminel*, pour clarifier nos hypothèses de travail au sujet du comportement des jurés.

On pourrait soutenir qu’il convient d’assouplir les exigences que notre Cour a établies dans l’arrêt *Find* relativement à la connaissance d’office, comme celle d’un fondement factuel pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’autoriser la récusation pour un motif en particulier. Il s’agit d’éléments difficiles à prouver qui, à strictement parler, ont trait non pas à la décision concernant la culpabilité ou la non-culpabilité, mais bien au cadre dans lequel cette décision doit être rendue. Désormais, les faits non en litige sont généralement appelés « faits sociaux » lorsqu’ils touchent au processus de recherche des faits, et « faits législatifs » lorsqu’ils touchent à une loi ou à un principe judiciaire. La partialité d’un juré est une question de fait, et l’African Canadian Legal Clinic nous demande de prendre connaissance d’office des « faits sociaux » se rapportant à différentes facettes du racisme.

La preuve relative à un « fait social » a été définie comme la recherche en sciences sociales servant à établir le cadre de référence ou le contexte pour trancher des questions factuelles cruciales pour le règlement d’un litige : voir, p. ex., C. L’Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 551, p. 556. Tout comme les « faits législatifs », plus connus, les « faits sociaux » sont généraux. Ils ne se rapportent pas aux circonstances d’une affaire en particulier, mais s’ils sont correctement reliés aux faits en litige, ils contribuent à expliquer certains aspects de la preuve. Citons à

“battered wife syndrome” to explain the wife’s conduct in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, or the effect of the “feminization of poverty” judicially noticed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, and of the systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system and throughout society at large in *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10, at para. 53, and in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 83.

No doubt there is a useful distinction between “adjudicative facts” (the where, when and why of what the accused is alleged to have done) and “social facts” and “legislative facts” which have relevance to the reasoning process and may involve broad considerations of policy: Paciocco and Stuesser, at p. 286. However, simply categorizing an issue as “social fact” or “legislative fact” does not license the court to put aside the need to examine the trustworthiness of the “facts” sought to be judicially noticed. Nor are counsel encouraged to bootleg “evidence in the guise of authorities”: *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, at para. 3.

The distinction between legislative and adjudicative facts was formulated by the astute administrative law expert, Kenneth Culp Davis, who thought it important to distinguish for purposes of judicial notice between “adjudicative” fact (where he thought the Morgan criteria should apply) and “legislative” fact (where he tended to side with Thayer): K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (2nd ed. 1980), vol. 3, at p. 139. The proof of facts about widespread racism in the community, and whether or not it is so strong as to create a “realistic possibility” of overcoming a juror’s presumed impartiality, has to do with juries in general and judicial policy towards their composition. Such matters, according to Sopinka J., “are subject to less stringent admissibility requirements” (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099). The “less stringent” standard was not defined.

titre d’exemples l’admission d’office, par notre Cour, du « syndrome de la femme battue » pour expliquer le comportement de l’épouse (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852), de l’effet de la « féminisation de la pauvreté » (*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853) et des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés que rencontrent les autochtones dans le système de justice pénale et dans la société en général (*R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10, par. 53, et *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 83).

Il y a certes une distinction utile entre, d’une part, les « faits en litige » (où, comment et pourquoi l’accusé a commis l’acte qu’on lui reproche) et, d’autre part, les « faits sociaux » et les « faits législatifs », qui importent dans le raisonnement et peuvent faire jouer des considérations de principe générales : Paciocco et Stuesser, p. 286. Cependant, décider qu’un élément est un « fait social » ou un « fait législatif » ne dispense pas le tribunal de l’obligation de s’assurer de la véracité des « faits » dont on lui demande l’admission d’office. Les avocats doivent également s’abstenir de produire irrégulièrement des « éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques » : *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, par. 3.

L’on doit la distinction entre faits législatifs et faits en litige à un éminent expert du droit administratif, Kenneth Culp Davis, selon lequel il importait, pour les besoins de la connaissance d’office, de distinguer faits « en litige » (auxquels devait s’appliquer, à son avis, le critère proposé par Morgan) et faits « législatifs » (au sujet desquels il penchait en faveur de Thayer) : K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (2^e éd. 1980), vol. 3, p. 139. La preuve des faits relatifs au racisme qui sévit dans la société et la question de savoir s’il y est répandu au point de créer une « possibilité réaliste » de partialité de la part d’un juré concernent les jurys en général et la politique judiciaire relative à leur composition. Le juge Sopinka a opiné que ces faits sont soumis à des « conditions de [. . .] recevabilité [. . .] moins sévères » (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099), mais sans préciser ce qu’il entendait par « moins sévères ».

58

59

60 Professor Davis' useful distinction between adjudicative facts and legislative facts is part of his larger insight, highly relevant for present purposes, that *the permissible scope of judicial notice should vary according to the nature of the issue under consideration*. For example, more stringent proof may be called for of facts that are close to the center of the controversy between the parties (whether social, legislative or adjudicative) as distinguished from background facts at or near the periphery.

61 To put it another way, the closer the fact approaches the dispositive issue, the more the court ought to insist on compliance with the stricter Morgan criteria. Thus in *Find*, the Court's consideration of alleged juror bias arising out of the repellant nature of the offences against the accused did not relate to the issue of guilt or innocence, and was not "adjudicative" fact in that sense, but nevertheless the Court insisted on compliance with the Morgan criteria because of the centrality of the issue, which was hotly disputed, to the disposition of the appeal. While some learned commentators seek to limit the Morgan criteria to adjudicative fact (see, e.g., Paciocco and Stuesser, at p. 286; McCormick, at p. 316), I believe the Court's decision in *Find* takes a firmer line. I believe a review of our jurisprudence suggests that the Court will start with the Morgan criteria, whatever may be the type of "fact" that is sought to be judicially noticed. The Morgan criteria represent the gold standard and, if satisfied, the "fact" will be judicially noticed, and that is the end of the matter.

62 If the Morgan criteria are *not* satisfied, and the fact is "adjudicative" in nature, the fact will *not* be judicially recognized, and that too is the end of the matter.

63 It is when dealing with social facts and legislative facts that the Morgan criteria, while relevant, are not necessarily conclusive. There are levels of notoriety and indisputability. Some legislative "facts" are necessarily laced with supposition, prediction, presumption, perception and wishful thinking. Outside the realm of adjudicative fact, the limits of judicial notice are inevitably

Cette distinction utile que fait le professeur Davis entre les faits en litige et les faits législatifs s'inscrit dans une perspective plus globale, très pertinente en l'espèce, savoir que *les limites acceptables de la connaissance d'office varient selon la nature de la question considérée*. Par exemple, la preuve d'un fait touchant de près au cœur du litige (qu'il s'agisse d'un fait social, législatif ou en litige) peut être soumise à des exigences plus sévères que celle d'un fait général qui en est plus éloigné.

Autrement dit, plus un fait a une incidence directe sur l'issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux formulé par Morgan. Ainsi, dans l'arrêt *Find*, la partialité dont auraient pu faire preuve les jurés en raison du caractère répugnant des infractions reprochées à l'accusé ne touchait pas à la culpabilité ou à l'innocence et, en ce sens, elle ne constituait pas un fait « en litige ». Notre Cour a néanmoins appliqué les critères proposés par Morgan en raison du caractère crucial de la question, vivement débattue, pour l'issue du pourvoi. Pour certains observateurs éminents, ces critères ne devraient s'appliquer qu'aux faits en litige (voir, p. ex., Paciocco et Stuesser, p. 286; McCormick, p. 316). À mon avis, toutefois, la position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Find* est plus stricte. Il appert de ses décisions qu'elle commencera par appliquer les critères de Morgan, quelle que soit la nature des « faits » dont on demande l'admission d'office. Ces critères sont « la » référence et, s'ils sont respectés, le « fait » est admis d'office et le débat est clos.

Si les critères de Morgan *ne* sont *pas* remplis à l'égard d'un fait « en litige », celui-ci *ne* sera *pas* admis d'office, ce qui mettra également fin au débat.

C'est en matière de faits sociaux et de faits législatifs que les critères de Morgan, bien qu'ils soient pertinents, ne sont pas nécessairement concluants. Il existe divers degrés de notoriété et d'incontestabilité. Certains « faits » législatifs sont nécessairement empreints d'hypothèses, de prévisions, de présomptions, d'impressions et de vœux pieux. Sauf en qui concerne les faits en litige, les

somewhat elastic. Still, the Morgan criteria will have great weight when the legislative fact or social fact approaches the dispositive issue. For example, in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, LeBel J. observed:

The fact that unions intervene in political social debate is well known and well documented and might be the object of judicial notice. . . .

Taking judicial notice of the fact that Quebec unions have a constant ideology, act in constant support of a particular cause or policy, and seek to impose that ideology on their members seems far more controversial. It would require a leap of faith and logic, absent a proper factual record on the question. [paras. 226-27]

See also *Gladue*, at para. 83.

The reality is that in many *Charter* cases (for example), the adjudicative facts are admitted. It is the legislative facts or social facts that are likely to prove dispositive (e.g., *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69). The Court in those cases was rightly careful to keep judicial notice on a relatively short leash, while at the same time acknowledging that facts cannot be demonstrated with greater precision than the subject matter permits.

When asked to take judicial notice of matters falling between the high end already discussed where the Morgan criteria will be insisted upon, and the low end of background facts where the court will likely proceed (consciously or unconsciously) on the basis that the matter is beyond serious controversy, I believe a court ought to ask itself whether such “fact” would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute *for the particular purpose for which it is to be used*, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly

limites de la connaissance d’office sont inévitablement assez élastiques. Néanmoins, les critères de Morgan joueront un rôle important lorsque le fait législatif ou social aura une incidence sur l’issue du procès. Par exemple, dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, le juge LeBel a dit :

La participation des syndicats aux débats politiques et sociaux est un fait bien connu et bien documenté, et pourrait faire l’objet de la connaissance d’office. . . .

Prendre connaissance d’office du fait que les syndicats québécois ont une idéologie constante, appuient continuellement une cause ou une politique particulière et cherchent à imposer cette idéologie à leurs membres semble prêter beaucoup plus à controverse. Il faudrait, à cette fin, faire un acte de foi et sauter une étape logique, vu l’absence de preuve factuelle suffisante sur la question. [par. 226-227]

Voir aussi *Gladue*, par. 83.

Or, dans de nombreuses affaires fondées sur l’application de la *Charte* (par exemple), les faits en litige sont admis. Ce sont alors les faits législatifs ou les faits sociaux qui sont susceptibles d’être décisifs (p. ex., *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69). Dans ces arrêts, notre Cour a eu raison de faire preuve de prudence et d’adopter une attitude relativement stricte en matière de connaissance d’office, tout en reconnaissant qu’un fait ne peut être établi avec plus de précision que ne le permet le sujet en cause.

J’estime que le tribunal auquel on demande de prendre connaissance d’office d’éléments se situant entre les faits qui touchent au cœur du litige et auxquels s’appliquent les critères de Morgan, et les faits généraux, qui touchent indirectement au litige et à l’égard desquels il supposera (consciemment ou non) qu’ils ne prêtent pas à sérieuse controverse, devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant à *la fin à laquelle il sera invoqué*, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s’accroissent directement en

with the centrality of the “fact” to the disposition of the controversy. Thus, for example, journalists claim that “everybody knows” some important news sources will dry up unless their identity can be kept secret. On that basis, some courts have been prepared to refuse (or delay) compelling journalists to disclose confidential sources for the purpose of defamation proceedings, e.g., *Hays v. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137 (Ont. C.A.); *Reid v. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418 (S.C.); *Drabinsky v. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23 (H.C.); *McInnis v. University Students’ Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126 (Ont. H.C.), leave to appeal to Divisional Court refused, at p. 127. However, when the issue of compelled disclosure of confidential sources became dispositive in *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, the Court declined to recognize any *Charter* entitlement for journalists to refuse to disclose “secret” sources before an administrative tribunal, at p. 1581, *per* Sopinka J.:

While judicial notice may be taken of self-evident facts, I am not convinced that it is indisputable that there is a direct relationship between testimonial compulsion and a “drying-up” of news sources as alleged by the appellant. The burden of proof that there has been a violation of s. 2(b) rests on the appellant. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, I cannot find that there has been a breach of s. 2(b) in this case.

66

Both of these examples dealt with the “legislative facts” underlying a claimed rule giving effect to journalistic privilege. For the purposes of regulating procedures in defamation proceedings, the courts were prepared to accept as a reasonable generalization that failure to respect confidential sources would “chill” the gathering of news, which would not be in the public interest. In *Moysa*, however, for the very different purpose of considering whether the underlying “legislative fact” was sufficiently beyond controversy to support a claim to entrenchment as a *Charter* privilege, the generalization was subjected to closer scrutiny.

fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. Ainsi, par exemple, les journalistes affirment que « tout le monde sait » que certaines sources d’information importantes se tariront si leur identité n’est pas tenue secrète. C’est pourquoi dans certaines affaires, le tribunal a refusé de contraindre un journaliste à divulguer ses sources d’information confidentielles pour les besoins d’une poursuite en diffamation (ou qu’il a reporté leur divulgation) : p. ex., *Hays c. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137 (C.A. Ont.); *Reid c. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418 (C.S.); *Drabinsky c. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23 (H.C.); *McInnis c. University Students’ Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126 (H.C. Ont.), autorisation d’appel devant la Cour divisionnaire refusée, p. 127. Toutefois, dans l’affaire *Moysa c. Alberta (Labour relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, où cette question s’est révélée décisive, notre Cour a refusé de reconnaître aux journalistes le droit constitutionnel de refuser la divulgation de leurs sources « secrètes » devant un tribunal administratif. Le juge Sopinka a dit à la p. 1581 :

Bien qu’un tribunal puisse prendre connaissance d’office des faits évidents, je ne suis pas convaincu qu’il existe, comme le prétend l’appelante, une relation directe indiscutable entre l’obligation de témoigner et le tarissement des sources d’information. Or, c’est à l’appelante qu’incombe le fardeau d’établir la violation de l’al. 2b). Faute de preuve d’un lien entre l’atteinte au droit allégué de recueillir de l’information et l’obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, je ne puis conclure qu’il y a eu, en l’espèce, violation de l’al. 2b).

Il était question, dans les deux cas, des « faits législatifs » sous-jacents à une règle censée conférer l’immunité aux journalistes. Afin de régulariser le déroulement de la procédure dans une poursuite en diffamation, les tribunaux étaient disposés à admettre comme généralisation raisonnable que le non-respect de la confidentialité des sources nuirait à la collecte de l’information, ce qui ne serait pas dans l’intérêt public. Or, dans *Moysa*, cette généralisation a fait l’objet d’un examen plus approfondi dans un tout autre but — celui de déterminer si le « fait législatif » sous-jacent était suffisamment incontestable pour étayer l’allégation d’immunité constitutionnelle.

Here, the respondent and the African Canadian Legal Clinic are asking the Court to make some fundamental shifts in the law's understanding of how juries function and how the selection of their members should be approached. Their submissions carry us well beyond the specific context in which *Williams* and *Parks* were decided. The facts of which they ask us to take judicial notice would be dispositive of the appeal; yet they are neither notorious nor easily verified by reference to works of "indisputable accuracy". We are urged to pile inference onto inference. To take judicial notice of such matters *for this purpose* would, in my opinion, be to take even a generous view of judicial notice a leap too far. We do not know whether a *favourable* predisposition based on race — to the extent it exists — is any more prevalent than it is for people who share the same religion, or language, or national origin, or old school. On the present state of our knowledge, I think we should decline, at least for now, to proceed by way of judicial notice down the road the African Canadian Legal Clinic has laid out for us.

I would add this comment: in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, a majority of our Court expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness who could be cross-examined as to the value and weight to be given to such studies and reports. This is the approach that had been taken by the litigants in *Sharpe*, *Little Sisters*, *Malmo-Levine* itself and subsequently in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4. We said in *Malmo-Levine* that

courts should nevertheless proceed cautiously to take judicial notice even as "legislative facts" of matters . . . are reasonably open to dispute, particularly where they relate to an issue that could be dispositive . . . [para. 28]

The suggestion that even legislative and social "facts" should be established by expert testimony

En l'espèce, toutefois, l'intimé et l'African Canadian Legal Clinic demandent à notre Cour de modifier radicalement son approche de l'institution du jury, de son fonctionnement et de la manière dont ses membres devraient être choisis. Leurs observations nous éloignent beaucoup du contexte dans lequel les arrêts *Williams* et *Parks* ont été rendus. Les faits dont ils nous demandent de prendre connaissance d'office seraient décisifs quant à l'issue de l'appel. Pourtant, ils ne sont ni notoires ni faciles à vérifier au moyen de sources « dont l'exactitude est incontestable ». On nous demande instamment de tirer des déductions à partir d'autres déductions. À mon avis, ce serait repousser trop loin les limites de la connaissance d'office — même interprétée libéralement — que d'admettre les faits en cause à *cette fin*. Nous ignorons toutefois si le préjugé *favorable* fondé sur la race — s'il existe — est plus fréquent que celui fondé sur l'identité de religion, de langue ou d'origine nationale ou sur l'attachement aux mêmes traditions. Compte tenu de ce que nous savons à l'heure actuelle, je pense que nous devrions refuser, du moins pour le moment, d'admettre d'office les faits en cause comme nous y invite l'African Canadian Legal Clinic.

Je me permets d'ajouter que dans *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, les juges majoritaires de notre Cour ont dit préférer qu'une preuve relevant des sciences sociales soit présentée par un témoin expert susceptible d'être contre-interrogé sur la valeur et l'importance qu'il convient d'accorder à une étude ou à un rapport, comme l'avait préconisé M. Malmo-Levine lui-même. Les parties avaient adopté la même approche dans les affaires *Sharpe* et *Little Sisters*, et l'ont fait à nouveau dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4. Dans l'arrêt *Malmo-Levine*, nous avons dit que

[les tribunaux] doivent néanmoins faire montre de prudence avant de prendre connaissance d'office, même en tant que « faits législatifs », de points raisonnablement discutables, particulièrement lorsque ceux-ci portent sur une question qui pourrait être décisive . . . [par. 28]

Dans des arrêts aussi différents les uns des autres que *Find*, *Moysa*, *Danson*, p. 1101, *Symes c. Canada*,

rather than reliance on judicial notice was also made in cases as different from one another as *Find, Moysa, Danson*, at p. 1101, *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456, at pp. 472-73, *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at pp. 549-50, *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 881-82, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357. Litigants who disregard the suggestion proceed at some risk.

69 I accept that, as Finlayson J.A. pointed out in *Koh*, sometimes expert testimony is hard to come by and may in any event be beyond the resources of the particular litigants. As will be seen, I think such considerations in the context of challenges for cause are better addressed as part of the court's concern for trial fairness and the necessary perception of fairness, rather than being allowed to dilute the principled exercise of judicial notice.

C. *Did the Trial Judge Exceed His Discretion in Rejecting the "Full" Parks Question on the Facts of This Case?*

70 In *Find*, McLachlin C.J. stated emphatically:

Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. [Emphasis added; para. 45.]

71 In *Williams*, McLachlin J. had affirmed the "wide discretion" of trial judges (para. 13), and held:

Ultimately, it is within the discretion of the trial judge to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific "links" to the trial, is sufficient to give an "air of reality" to the challenge in the particular circumstances of each case. [Emphasis added; para. 30.]

Thus, even in the case of an aboriginal accused charged with robbery of a white person, the right to challenge for cause would not be "automatic" (para. 41).

[1993] 4 R.C.S. 695, *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456, p. 472-473, *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 549-550, *R. v. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 881-882, et *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, notre Cour a également laissé entendre qu'on devait recourir au témoignage d'un expert plutôt qu'à la connaissance d'office pour établir un « fait » législatif ou social. La partie à un litige qui en fait abstraction court un certain risque.

Comme l'a signalé le juge Finlayson dans *Koh*, le témoignage d'un expert est parfois difficile à obtenir et les ressources financières de la partie en cause ne lui permettent pas toujours d'y avoir accès. On le verra, en matière de récusations motivées, il est préférable que le tribunal tienne compte de telles considérations au regard de l'équité du procès et de sa nécessaire équité apparente au lieu de vider de son sens l'application raisonnée de la connaissance d'office.

C. *Compte tenu des faits de l'espèce, le juge du procès a-t-il outrepassé son pouvoir discrétionnaire en refusant que soit posée « intégralement » la question formulée dans l'arrêt Parks?*

Dans l'arrêt *Find*, la juge en chef McLachlin a été catégorique :

En fin de compte, la décision d'accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. [Je souligne; par. 45.]

Dans l'arrêt *Williams*, elle a confirmé le « large pouvoir discrétionnaire » du juge du procès (par. 13), ajoutant :

En fin de compte, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de déterminer si, en l'absence de « liens » particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité sont suffisants pour conférer une « vraisemblance » à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. [Je souligne; par. 30.]

Ainsi, même dans le cas d'un autochtone accusé du vol qualifié d'un Blanc, le droit de récusation motivée n'est pas « automatique » (par. 41).

It is true that in the Ontario quartet the Court of Appeal in *Parks, Wilson, Campbell* and *Koh* concluded that the trial judge had erred in the exercise of his discretion, but occasional errors in the exercise of a discretion do not undermine the reality of its existence. Here the trial judge misremembered the *Parks* question, but he made it clear that *regardless* of the wording of the *Parks* question he would not allow the “interracial” element to be pursued because he did not consider it relevant. In each case, the trial judge must determine whether there is an “air of reality” to the challenge “in the particular circumstances of each case” (*Williams*, at para. 30). As did Laskin J.A., I conclude that on “the particular circumstances” of this case it cannot be said that the trial judge exceeded the scope of his discretion in proceeding as he did.

D. *In Any Event, Did Trial Fairness and the Appearance of Trial Fairness Require the Full Parks Question Be Put?*

Much of the reasoning in *Parks* is related to fairness, perceptions of fairness, and the need to maintain confidence in the jury system in all parts of the community. On this point, the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution had this to say:

At the moment, Blacks and Natives clearly do feel aggrieved by their treatment at all levels of the justice system: by police, Crown prosecutors, defence lawyers, government officials and judges. Blacks and Natives believe that those working in the system — from top to bottom — lack sensitivity in dealing with members of visible minority groups. They believe they have no stake in what they regard as the “White man’s justice system”.

It is difficult, perhaps impossible, to measure the extent to which this perception is based on reality. But that, in our view, is not the issue. Nova Scotians must have confidence that the legal system is fair and unbiased. If a large segment of the population does not accept that proposition, then the system itself must

Il est vrai que dans les arrêts *Parks, Wilson, Campbell* et *Koh*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le juge du procès avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire. Cependant, des erreurs occasionnelles dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne remettent pas en cause son existence. En l’espèce, le juge du procès ne s’est pas bien souvenu de la question posée dans l’arrêt *Parks*, mais il a clairement indiqué que, *quel que soit* son libellé, il ne permettrait pas la mention du caractère « interracial », car il n’était pas pertinent selon lui. Le juge du procès doit décider de la « vraisemblance » de la récusation « compte tenu des circonstances particulières de chaque cas » (*Williams*, par. 30). Comme le juge Laskin, je conclus que dans les « circonstances particulières » de l’espèce, on ne peut affirmer que le juge du procès a outrepassé son pouvoir discrétionnaire.

D. *Quoi qu’il en soit, l’équité et l’apparence d’équité du procès exigeaient-elles que soit posée intégralement la question formulée dans l’arrêt Parks?*

Dans l’arrêt *Parks*, le raisonnement repose en grande partie sur l’équité, réelle et perçue, ainsi que sur la nécessité de préserver la confiance de tous les citoyens dans l’institution du jury. Voici ce qu’a dit à ce sujet la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution :

[TRADUCTION] Pour l’heure, Noirs et autochtones se sentent manifestement lésés par le traitement qui leur est réservé à tous les niveaux du système de justice : police, procureurs de la Couronne, avocats de la défense, représentants du gouvernement et magistrature. Ils estiment que les intervenants — du haut au bas de l’échelle — manquent de considération dans leurs rapports avec les membres des minorités visibles. Ils se disent étrangers à ce qu’ils appellent le « système de justice des Blancs ».

Il est difficile, voire impossible, d’apprécier dans quelle mesure cette perception traduit la réalité. Mais, à notre avis, là n’est pas la question. Les citoyens de la Nouvelle-Écosse doivent être convaincus de l’équité et de l’impartialité du système de justice. Si une grande partie d’entre eux n’y croit pas, l’administration de la

accept some responsibility and must begin the process of change. [pp. 151 and 184]

74 In *Williams*, the accused had filed an affidavit that stated, in part, “I . . . hope that the 12 people that try me are not Indian haters” (para. 3). The Court held that, as a matter of judicial policy,

[i]t is better to risk allowing what are in fact unnecessary challenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary [para. 22]

75 In *Koh*, Finlayson J.A. spoke of the need for “the appearance of trial fairness, both in the eyes of the accused and members of minority groups” (para. 43 (emphasis added)).

76 Trial fairness trumps technicalities. If the trial judge were persuaded that the appearance of fairness to the respondent accused required the full *Parks* question, he ought to have permitted it, regardless of his recollection of the *Parks* question, the state of the social science or the nuanced limits of judicial notice. The question, however, is where the Court draws the “fairness” line. In the Johnson article, cited above and referred to both in *Williams* and *Parks*, reference is made to a study investigating the effect of the defense lawyer’s race on the determination of his client’s guilt. The study found a consistent anti-black defence lawyer bias (p. 1635). Does “fairness” require that the race of counsel be included in the *Parks* question? Then there is the study by R. M. Bagby and N. A. Rector, “Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context” (1991), 11 *Health L. Can.* 94, referred to by Doherty J.A. in *Parks*. They reported a study in which English speaking Canadians were provided with a modified court transcript of a rape trial whereby the ethnicity of the defendant and the victim were varied. The study found that English speaking Canadians viewed French speaking Canadians more positively than either English or native Canadians. The victim was viewed more positively when she was French, and the accused was seen as more guilty when the victim was French. Can such complications of race and ethnicity be followed up as a matter of fairness

justice doit accepter une part de responsabilité et entreprendre une réforme. [p. 151 et 184]

Dans l’affaire *Williams*, l’accusé avait produit un affidavit dans lequel il disait notamment [TRADUCTION] « j’espère que les 12 personnes qui me jugeront ne haïssent pas les Indiens » (par. 3). Notre Cour a conclu ce qui suit sur le plan des principes judiciaires :

Il vaut mieux risquer d’autoriser des récusations qui sont en fait inutiles que risquer d’interdire des récusations qui sont nécessaires . . . [par. 22]

Dans l’arrêt *Koh*, le juge Finlayson a parlé de la nécessité que [TRADUCTION] « l’équité du procès soit apparente tant aux yeux de l’accusé qu’à ceux des membres de groupes minoritaires » (par. 43 (je souligne)).

L’équité du procès l’emporte sur les questions de forme. S’il était convaincu que l’apparence d’équité à l’égard de l’accusé exigeait que soit posée intégralement la question formulée dans l’arrêt *Parks*, le juge du procès aurait dû le permettre indépendamment de son souvenir de la question, de l’état des sciences sociales ou des limites nuancées de la connaissance d’office. La question se pose toutefois de savoir ce que notre Cour entend par « équité ». Dans son article précité et mentionné dans les arrêts *Williams* et *Parks*, la professeure Johnson renvoie à une étude portant sur l’incidence de la race de l’avocat de la défense sur l’issue de procès. Les auteurs de l’étude ont constaté invariablement l’existence d’un préjugé contre les avocats de la défense de race noire (p. 1635). L’« équité » exige-t-elle que la race de l’avocat soit précisée dans la question inspirée de l’arrêt *Parks*? Puis il y a l’étude réalisée par R. M. Bagby et N. A. Rector, « Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context » (1991), 11 *Health L. Can.* 94, dont a fait mention le juge Doherty dans l’arrêt *Parks*. Les auteurs font état d’une expérience dans laquelle des Canadiens anglophones ont pris connaissance de la transcription d’un procès pour viol où l’on avait modifié dans chaque cas l’origine ethnique du défendeur et celle de la victime. Les résultats ont révélé que les Canadiens anglophones avaient une meilleure opinion des Canadiens francophones que des Canadiens anglais ou

without embracing the American model which, to date, Canadian courts have declined to do?

It may be that race is a more powerful, corrosive and unmanageable factor than any of these other potential sources of discrimination, particularly at the level of visible minorities. But in this case, with respect, I do not think fairness to the accused or the vitally necessary *appearance* of fairness was compromised. The only issue of importance to the defence was identification. Neither the race of the complainant nor his testimony of what happened shed any light on identification. In the circumstances of this case, the trial judge did not think that leaving the “interracial” element out of the *Parks* question was unfair. That is a determination he was entitled to make. We should not interfere simply because we might have concluded in his place that greater reassurance might have been given to the accused had the full *Parks* question been put.

IV. Conclusion

For the reasons given, I conclude that on the facts of this case, it was within the discretion of the trial judge to decline a challenge for cause targeting the “interracial element” of the crime. While the fact that the accused was black justified a challenge for cause on that basis, the additional fact that the pizza deliveryman in this case was of East Indian origin did not compound the prejudice and therefore did not need to be the subject of a separate inquiry to potential jurors.

I therefore would allow the appeal, set aside the decision of the Ontario Court of Appeal and restore the conviction. The case is to be remitted to the Ontario Court of Appeal to deal with the respondent’s appeal with respect to sentence.

autochtones. Une victime francophone était considérée plus favorablement et, dans son cas, l’accusé était jugé davantage coupable. Peut-on, au nom de l’équité, tenir compte de ces complications liées à la race ou à l’origine ethnique sans adhérer au modèle américain, que les tribunaux canadiens ont rejeté jusqu’à maintenant?

Il se peut que la race soit un facteur plus important, plus corrosif et plus difficile à maîtriser que toutes les autres sources possibles de discrimination, en particulier dans le cas des minorités visibles. Toutefois, avec déférence, je ne crois pas que l’équité ou la si nécessaire *apparence* d’équité du procès ont été compromises dans le cas de l’accusé. La seule question importante pour la défense était celle de l’identification. Ni la race du plaignant ni son témoignage sur les faits n’ont apporté d’éclaircissements sur ce point. Dans les circonstances, le juge du procès n’a pas cru qu’il serait injuste d’écarter l’élément « interracial » de la question formulée dans l’arrêt *Parks*. Il avait le droit de tirer cette conclusion. Nous ne devons pas intervenir pour le seul motif que nous aurions pu conclure que l’accusé aurait bénéficié d’une meilleure garantie si cette question avait été posée intégralement.

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent et compte tenu des faits de l’espèce, je conclus que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de refuser que la question posée en vue d’une récusation éventuelle vise le caractère « interracial » du crime. Même si le fait que l’accusé était noir justifiait une récusation pour ce motif, le fait que le livreur de pizzas était d’origine indo-pakistanaise n’accentuait pas le préjugé, de sorte qu’il n’était pas nécessaire que la question posée aux candidats jurés en fasse également état.

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario et de rétablir la déclaration de culpabilité. L’affaire est renvoyée à la Cour d’appel de l’Ontario pour qu’elle se prononce sur l’appel interjeté par l’intimé relativement à la peine.

77

78

79

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hicks, Block, Adams, Toronto.

Solicitor for the intervener: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hicks, Block, Adams, Toronto.

Procureur de l'intervenante : African Canadian Legal Clinic, Toronto.