

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

143

THE COMPETITION TRIBUNAL

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 14 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 Suffolk Transnat’l. L.J. 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 Nat’l. J. Const. L. 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 Queen’s L.J. 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Pardeep Singh Chouhan *Respondent/
Appellant on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Aboriginal Legal Services Inc.,
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Canadian Association of Black Lawyers,
Canadian Muslim Lawyers Association,
Federation of Asian Canadian Lawyers,
South Asian Bar Association of Toronto,
Advocates' Society,
Defence Counsel Association of Ottawa,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Debbie Baptiste and
British Columbia Civil Liberties Association**
Interveners

INDEXED AS: **R. v. CHOUHAN**

2021 SCC 26

File No.: 39062.

Hearing and judgment: October 7, 2020.

Reasons delivered: **June 25, 2021.**

Present: Wagner C.J. and Abella, **Moldaver,**
Karakatsanis, Côté, **Brown,** Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

Please see in particular paras. 92-93

c.

Pardeep Singh Chouhan *Intimé/Appelant à
l'appel incident*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Colombie-
Britannique,
procureur général de l'Alberta,
Aboriginal Legal Services Inc.,
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Canadian Association of Black Lawyers,
Association canadienne des avocats
musulmans,
Federation of Asian Canadian Lawyers,
South Asian Bar Association of Toronto,
Société des plaideurs,
Defence Counsel Association of Ottawa,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Debbie Baptiste et
British Columbia Civil Liberties Association**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : **R. c. CHOUHAN**

2021 CSC 26

N° du greffe : 39062.

Audition et jugement : 7 octobre 2020.

Motifs déposés : 25 juin 2021.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair hearing — Right to trial by jury — Jurors — Selection — Peremptory challenges — Whether amendments to Criminal Code abolishing accused's peremptory challenges during jury selection violate right to fair hearing or right to benefit of trial by jury — If not, whether abolition of peremptory challenges applies to accused awaiting trial on date amendments came into force — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (f) — An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, 1st Sess., 42nd Parl., 2019, c. 25, ss. 269, 271, 272 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 633, 638.

In 2019, Parliament modified how juries are selected in Canada. Sections 269, 271 and 272 of Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, abolished accused persons' peremptory challenges of jurors, modified challenges for cause, and vested trial judges with the power to stand aside prospective jurors to maintain public confidence in the administration of justice. These amendments came into force on the same day that jury selection in C's trial for first degree murder was scheduled to begin, depriving C of the right to remove a limited number of prospective jurors from the jury without providing a reason for doing so. C challenged the constitutionality of the abolition of peremptory challenges on the basis that it infringed his right to a fair and public hearing before an independent and impartial jury under s. 11(d) of the *Charter* and his right to the benefit of trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Charter*. C also argued that as the amending Act lacked any transitional provisions, the amendments operated only prospectively and therefore did not apply to his trial.

The trial judge dismissed C's constitutional challenge and determined that the amendments applied to C's trial. Jury selection proceeded without peremptory challenges. C was convicted of first degree murder and appealed from his conviction. The Court of Appeal overturned C's conviction and ordered a new trial. It held that the abolition of peremptory challenges was constitutional, but that since the amendments affected an accused's substantive right to participate in the selection of the jury, they operated only

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Jurés — Sélection — Récusations péremptoires — Les modifications au Code criminel abolissant les récusations péremptoires de l'accusé durant la sélection du jury violent-elles le droit à un procès équitable ou celui de subir un procès avec jury? — Sinon, l'abolition des récusations péremptoires s'applique-t-elle à l'accusé en attente de son procès à la date d'entrée en vigueur des modifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f) — Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, 1^{re} sess., 42^e lég., 2019, c. 25, art. 269, 271, 272 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 633, 638.

En 2019, le Parlement a modifié le mode de sélection des jurys au Canada. Les articles 269, 271 et 272 du projet de loi C-75, la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, ont aboli les récusations péremptoires de jurés dont disposait la personne accusée, modifié les récusations motivées, et conféré au juge du procès le pouvoir de mettre à l'écart des candidats jurés afin de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Ces modifications sont entrées en vigueur le jour même où la sélection du jury dans le procès de C pour meurtre au premier degré devait s'ouvrir, privant C du droit d'exclure, sans avoir à se justifier, un nombre limité de candidats jurés. C a contesté la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires, faisant valoir qu'elle a porté atteinte à son droit d'être jugé par un jury indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, ainsi qu'à son droit à un procès avec jury protégé par l'al. 11f) de la *Charte*. C a aussi fait valoir que, comme la Loi modificatrice ne comportait pas de dispositions transitoires, les modifications ne valaient que pour l'avenir et ne s'appliquaient donc pas à son procès.

Le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de C et a conclu que les modifications s'appliquaient au procès de ce dernier. La sélection des jurés s'est déroulée sans récusations péremptoires. C a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et a fait appel de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité de C et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a convenu de la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires, mais a conclu que comme les

prospectively and did not apply to C's trial. The Crown appeals to the Court on the issue of the temporal scope of the abolition of peremptory challenges. C cross-appeals on the constitutionality of the amendments abolishing peremptory challenges.

Held (Abella J. dissenting in part and Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and C's conviction restored, and the cross-appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J., Moldaver and Brown JJ.: The statutory amendments abolishing peremptory challenges are constitutional and purely procedural, and therefore have retrospective application. They apply to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019, the date of the abolition's coming into force as part of Bill C-75.

Since Canada's earliest days, peremptory challenges have formed part of a dynamic in-court jury selection process that also includes challenges for cause and the power of the trial judge to excuse or stand aside prospective jurors. Peremptory challenges played a distinct but limited role in the broader context of jury selection and, according to Sir William Blackstone, served two purposes: that an accused person ought not to be tried by any one against whom he has conceived a prejudice and that an accused ought to have an opportunity to remove jurors who may become resentful after an unsuccessful challenge for cause. Peremptory challenges heightened the accused's perception that he or she had had the benefit of a fairly selected tribunal. Accused persons routinely used peremptory challenges based on the way prospective jurors looked at them during the selection process, and there was some evidence that racialized accused used them to make room for jurors with diverse backgrounds.

Although peremptory challenges had value from the subjective view of accused persons, the true value of this "benefit" was doubtful. It is not possible to trace the impact of peremptory challenges on the verdict. More critically, peremptory challenges sat uneasily with other aspects of jury selection. They undermined the randomness of jury selection, a significant guarantor of jury independence and impartiality, and they did not displace the principle that the

modifications avaient une incidence sur le droit substantiel d'un accusé de participer à la sélection du jury, elles n'avaient d'effet que pour l'avenir et ne s'appliquaient pas dans le cadre du procès de C. La Couronne se pourvoit devant la Cour sur la question de la portée temporelle de l'abolition des récusations péremptoires. C forme un pourvoi incident sur la constitutionnalité des modifications qui ont aboli les récusations péremptoires.

Arrêt (la juge Abella est dissidente en partie et la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité de C est rétablie et le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Brown : Les modifications législatives abolissant les récusations péremptoires sont constitutionnelles et purement procédurales et elles s'appliquent donc rétrospectivement. Elles s'appliquent à tous les processus de sélection des jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019, date d'entrée en vigueur de l'abolition prévue par le projet de loi C-75.

Au Canada, depuis la fondation du pays, les récusations péremptoires faisaient partie d'un processus dynamique de sélection des jurés en salle d'audience, qui comprenait également les récusations motivées et le pouvoir du juge du procès de dispenser des candidats jurés ou d'en ordonner la mise à l'écart. Les récusations péremptoires jouaient un rôle spécifique, encore que restreint, dans le contexte général de la sélection du jury et, selon Sir William Blackstone, elles servaient à deux fins : que l'accusé ne soit pas jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé et que l'accusé soit libre d'exclure les jurés susceptibles d'éprouver un ressentiment après avoir fait l'objet d'une récusation motivée infructueuse. Les récusations péremptoires intensifiaient le sentiment de l'accusé qu'il avait bénéficié d'un tribunal constitué équitablement. L'accusé recourait très souvent à ce type de récusations en se fondant sur la manière dont les candidats jurés le regardaient durant le processus de sélection, et certains éléments de preuve démontrent que les accusés racialisés les utilisaient au profit de candidats provenant de divers horizons.

Même si les récusations péremptoires avaient une certaine valeur du point de vue subjectif de l'accusé, la vraie valeur de cet « avantage » était douteuse. Il était impossible de discerner l'effet des récusations péremptoires sur le verdict. Fait plus important, les récusations péremptoires cadraient mal avec plusieurs autres aspects de la sélection des jurés. Elles minaient le caractère aléatoire de la sélection des jurés, une garantie importante de l'indépendance

accused has no right to select a partial or favourable jury. They also had a darker side which allowed for practices born of prejudice and stereotypes, which had palpable and well-documented effects on the composition of juries. Indigenous communities, in particular, have witnessed their disturbing effects. Faced with mounting criticisms, Parliament abolished them and bolstered the role of the trial judge in supervising the jury selection process.

The abolition of peremptory challenges does not infringe the s. 11(d) *Charter* rights of accused persons. Section 11(d) does not entitle the accused to any particular procedure. In determining whether s. 11(d) is breached, the question is not whether a new process chosen by Parliament is less advantageous to the accused, but rather whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would consider that the new jury selection process gives rise to a reasonable apprehension of bias so as to deprive accused persons of a fair trial before an independent and impartial tribunal. The constitutionality of the jury selection process must be considered as a whole. The jury selection regime since Parliament enacted Bill C-75 continues to provide the independent and impartial jury that each accused is owed under s. 11(d) of the *Charter*: representative jury rolls provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to serve as jurors, randomness in the jury selection process bolsters independence and impartiality, and challenges for cause and the trial judge's power to excuse prospective jurors provide mechanisms for removing prospective jurors whose impartiality is in question.

The abolition of peremptory challenges comes at a time of heightened public awareness of the role of racial prejudice in the criminal justice system. Before the Court, various interveners submitted that diversity is fundamental to achieving a jury that is impartial to the accused and free from discrimination toward jurors and victims. As a constitutional matter, however, the jurisprudence has never interpreted jury representativeness and impartiality as requiring diversity among members of the petit jury, nor has the concept of impartiality ever rested on the accused's subjective confidence in each individual juror or jurors sharing an aspect of a characteristic of their identity with the accused or the victim. Fair trial rights do not depend on the subjective perceptions of the accused, and absolute diversity on a jury is unattainable, as no group of 12 could

et de l'impartialité du jury, et elles n'ont pas supplanté le principe selon lequel l'accusé n'a pas le droit de choisir un jury partial ou favorable. Elles avaient aussi un côté plus sombre qui permettait l'exclusion fondée sur des préjugés et des stéréotypes, ce qui avait des effets tangibles et bien documentés sur la composition des jurys. Les communautés autochtones, en particulier, ont pu constater leur effet troublant. Devant la montée des critiques, le Parlement les a abolies et a accru le pouvoir de surveillance du juge du procès dans le cadre de la sélection des jurés.

L'abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits que confère l'al. 11d) à l'accusé. Cette disposition ne donne pas à l'accusé le droit à une procédure particulière. Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a été porté atteinte, la question n'est pas de savoir si le nouveau processus retenu par le Parlement est moins avantageux pour l'accusé, mais plutôt de savoir si une personne raisonnable, bien informée des circonstances, estimerait que le nouveau processus de sélection des jurés donne lieu à une crainte raisonnable de partialité au point de priver l'accusé d'un procès équitable tenu devant un tribunal indépendant et impartial. Il faut examiner la constitutionnalité du processus de sélection des jurés dans son ensemble. Le régime de sélection des jurés qui s'applique depuis que le Parlement a adopté le projet de loi C-75 continue de garantir la formation du jury indépendant et impartial auquel chaque accusé a droit aux termes de l'al. 11d) de la *Charte* : une liste représentative de jurés donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête d'exercer la fonction de juré, le caractère aléatoire du processus de sélection du jury favorise l'indépendance et l'impartialité, et les récusations motivées ainsi que le pouvoir du juge du procès de dispenser des candidats jurés constituent des mécanismes permettant d'exclure les candidats jurés dont l'impartialité est discutable.

L'abolition des récusations péremptoires survient à un moment où la population est plus consciente de l'influence des préjugés raciaux dans le système de justice criminelle. Devant la Cour, divers intervenants ont soutenu que la diversité est essentielle si l'on veut obtenir un jury qui est impartial envers l'accusé et exempt de discrimination envers les jurés et les victimes. Au plan constitutionnel, toutefois, les tribunaux n'ont jamais vu dans les impératifs de représentativité et d'impartialité des jurys une obligation de veiller à ce que les membres du petit jury proviennent d'horizons différents; la notion d'impartialité n'a jamais non plus reposé sur la confiance subjective de l'accusé dans le fait que chacun des jurés partage un aspect de son identité avec l'accusé ou la victime. Le droit à un procès équitable ne dépend pas des perceptions subjectives

ever represent the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

Other opportunities remain for the parties in criminal trials to raise and address concerns about juror partiality and bias. Trial judges should consider crafting jury charges and mid-trial instructions that caution against the risk that bias will taint the jury's deliberations. Jurors legitimately bring their life experiences to their deliberations but this cannot interfere with their responsibility to approach the case with an open mind. Jury instructions can expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface. General instructions on biases and stereotypes ought to highlight that jurors may be aware of some biases while being unaware of others and should exhort jurors to approach their task with self-consciousness and introspection. Instructions on specific biases and stereotypes that arise on the facts of the case should consider context and the harmful nature of stereotypical assumptions or myths, for example, the effects of colonization and systemic racism on Indigenous peoples or myth-based reasoning in sexual assault prosecutions.

The challenge for cause provisions under s. 638 of the *Criminal Code* also provide a robust mechanism to raise concerns about partiality. Challenges for cause are unlimited and not readily susceptible to abuse because their focus is on transparency and openness. A wide range of characteristics are the proper subject of a challenge for cause. The trial judge enjoys significant discretion to determine how far the parties may go in the questions that are asked. Questions ought to explore the juror's willingness to identify unconscious bias and to strive to cast it aside. Appropriate questions may relate to aspects of the case such as race, addiction, religion, occupation, sexual orientation or gender expression. Questions should balance the accused's right to an impartial jury and the privacy interests of prospective jurors.

The amended power to direct jurors to stand by to maintain public confidence in the administration of justice under s. 633 of the *Criminal Code* provides a means to exclude a juror who might be partial but who survived a challenge for cause. The "maintaining public confidence

de l'accusé, et l'absolue diversité au sein d'un jury est illusoire, puisqu'aucun groupe de 12 personnes ne pourra jamais représenter les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

Les parties disposent d'autres occasions lors d'un procès criminel de soulever et de dissiper des craintes quant à la partialité et aux partis pris des jurés. Le juge du procès devrait songer à élaborer des directives au jury et des directives de mi-procès qui mettent en garde contre le risque d'une atteinte à l'intégrité des délibérations du jury pour cause de partis pris. Les jurés apportent légitimement à leurs délibérations leurs expériences personnelles, mais cela ne peut entraver leur obligation d'examiner la cause avec un esprit ouvert. Les directives au jury peuvent mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés. Les directives générales sur les partis pris et sur les stéréotypes devraient souligner que les jurés sont parfois conscients de certains de leurs partis pris sans avoir conscience des autres et elles devraient exhorter les jurés à aborder leur tâche avec une bonne dose de conscience de soi et d'introspection. Les directives sur des partis pris ou des stéréotypes particuliers données compte tenu des faits de la cause devraient tenir compte du contexte et de l'effet pernicieux des idées préconçues ainsi que des mythes, comme les effets de la colonisation et du racisme systémique sur les Autochtones ou les raisonnements fondés sur des mythes dans des affaires d'agression sexuelle.

L'article 638 du *Code criminel*, qui concerne les récusations motivées, offre aussi à l'accusé une réelle possibilité d'émettre des doutes quant à la partialité. Les récusations motivées sont illimitées et elles ne se prêtent pas facilement à l'abus, puisqu'elles reposent sur la transparence et l'ouverture. Un large éventail de caractéristiques constitue à juste titre l'objet d'une récusation motivée. Le juge du procès dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour dire jusqu'où les parties peuvent aller dans les questions qui sont posées. Les questions devraient permettre d'explorer la volonté du juré de reconnaître un parti pris inconscient et de s'appliquer à l'évacuer. Les questions appropriées peuvent porter sur des caractéristiques de la cause comme la race, la dépendance à l'alcool ou aux drogues, la religion, la profession, l'orientation sexuelle ou l'expression de genre. Les questions devraient établir un équilibre entre le droit de l'accusé à un jury impartial, et celui à la vie privée des candidats jurés.

Le pouvoir modifié d'ordonner que des jurés se tiennent à l'écart pour maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice prévu à l'art. 633 du *Code criminel* constitue un moyen d'exclure un juré possiblement partial, qui a néanmoins résisté à une récusation motivée.

in the administration of justice” standard provides an effective analytical yardstick to address a variety of residual concerns in the jury selection process. The contours of the trial judge’s discretion to stand aside jurors will be determined on a case-by-case basis, but it cannot be used to actively promote jury diversity or to achieve a jury that approximates the diversity of Canadian society. An approach which calls upon the trial judge to enhance diversity on the petit jury raises a host of practical problems, some of which could involve constitutional issues. As a constitutional matter, diverse juries depend on diverse jury panels achieved through the randomness of the jury selection process. The reasonable, informed observer would lose confidence in a jury selection process that requires trial judges to sacrifice randomness for diversity. Parliament and the provincial legislatures may, within constitutional bounds, pursue further legislative reform designed to better promote or enhance the diversity of the petit jury.

The abolition of peremptory challenges also does not infringe C’s right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*. Section 11(f) offers no greater protection of impartiality than s. 11(d). The right to a representative jury does not entitle the accused to proportionate representation at any stage of the jury selection process. Section 11(f)’s guarantee of representativeness requires the state to provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process, by compiling a jury roll that draws from a broadly inclusive source list and delivering jury notices to those who have been selected. These aspects of jury selection are not affected by the abolition of peremptory challenges.

The amending legislation did not include transitional provisions that set out whether and how the amendments apply to prosecutions pending in the system. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively. Procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced is presumed to apply immediately. However, procedural provisions that affect substantive rights in their application are not purely procedural and do not apply immediately. The substantive right at issue in this case is the *Charter* right to a fair trial by an independent and impartial jury. Jury selection procedures only serve those rights and a

La norme du « maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » constitue un bon repère analytique qui permet de dissiper une foule de préoccupations persistantes à propos du processus de sélection des jurés. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’écarter des jurés sera circonscrit au cas par cas, mais il ne peut pas servir à promouvoir activement la diversité du jury ou à ce qu’il soit façonné à l’image de la diversité de la société canadienne. Une approche qui exigerait du juge du procès qu’il accroisse la diversité du petit jury soulèverait une foule de problèmes pratiques, dont certains pourraient poser des questions d’ordre constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, la formation de jurys diversifiés dépend de l’existence de tableaux diversifiés de jurés qui découle du caractère aléatoire du processus de sélection du jury. L’observateur raisonnable et informé perdrait confiance dans un processus de sélection du jury qui exigerait que le juge du procès sacrifie le caractère aléatoire au profit de la diversité. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent, dans les limites fixées par la Constitution, envisager d’autres réformes législatives conçues pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury.

L’abolition des récusations péremptoires n’empiète pas non plus sur le droit de C à un procès avec jury que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte*. Cette disposition ne protège pas davantage l’impartialité que ne le fait l’al. 11d). Le droit à un jury représentatif ne donne pas à l’accusé le droit à une représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection du jury. La garantie de représentativité contenue à l’al. 11f) requiert de l’État qu’il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection du jury, en dressant une liste de jurés à partir d’une liste brute largement inclusive, et en envoyant des avis de sélection de jurés aux personnes qui ont été choisies. L’abolition des récusations péremptoires n’a pas d’incidence sur ces aspects de la sélection du jury.

La Loi modificatrice ne contenait pas de dispositions transitoires précisant si et de quelle manière les modifications s’appliqueraient aux poursuites criminelles déjà en cours. Une nouvelle mesure législative qui porte atteinte aux droits substantiels est présumée n’avoir d’effet que pour l’avenir, à moins qu’il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement. Une mesure législative procédurale destinée à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit est présumée s’appliquer immédiatement. Cependant, les dispositions procédurales dont l’application porte atteinte à des droits substantiels ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement. Le droit substantiel en cause en l’espèce est le droit

modification in procedure does not affect their fulfilment, absent a constitutional infringement. The presence or absence of peremptory challenges therefore does not affect substantive rights, namely those codified in ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. Even accepting the existence of a substantive right to participate in the selection of one's jury, the amendments affect only the way in which that right was exercised. There is no basis for construing the amendments as anything but procedural. Accordingly, the abolition of peremptory challenges applies immediately to all jury selection processes beginning on or after the date the amendments took effect, including C's trial.

Per Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: There is agreement that the amendments abolishing peremptory challenges are constitutional and purely procedural and therefore apply immediately to ongoing proceedings. Parliament was entitled to act on persistent concerns about the discriminatory use of peremptory challenges by abolishing them. There also is agreement that jury instructions on bias play a vital role in spurring juror introspection, self-consciousness and accountability. Courts must take active steps to ensure decision-making is free of prejudice, myths and stereotypes, through a contextualized approach that looks beyond overt and intentional discrimination to structural and unconscious bias that may undermine trial fairness, juror impartiality and equality for accused persons and victims.

However, there is disagreement with Moldaver and Brown JJ. with respect to how they would approach the enhanced stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* and the scope of questioning on challenges for cause. These issues are complex, multifaceted and immaterial to the outcome of the appeal. It is preferable not to address them given the lack of direct assistance from the parties and scant jurisprudence from lower courts on this matter. With respect to the interpretation of s. 633, undue weight should not be placed on the principle of random selection. Randomness is neither an end in itself nor a freestanding constitutional imperative. In an unequal society, randomness may produce discriminatory outcomes. Many systemic factors lead to underrepresentation of certain groups at all stages of jury selection. It is open to Parliament to

garanti par la *Charte* à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Les procédures de sélection des jurés n'existent que pour servir ce droit et une modification des procédures n'altère pas sa réalisation, à moins qu'elle enfreigne une disposition constitutionnelle. La présence ou l'absence de récusations péremptoires ne porte donc pas atteinte à des droits substantiels, à savoir ceux codifiés aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Même si l'on admettait l'existence d'un droit substantiel de l'accusé de participer à la sélection de ses jurés, les modifications ne concernent que la façon dont ce droit substantiel était exercé. Il n'est pas justifié d'interpréter ces modifications comme étant quoi que ce soit d'autre que des modifications procédurales. En conséquence, l'abolition des récusations péremptoires s'applique immédiatement à tous les processus de sélection du jury entrepris à compter de la date d'entrée en vigueur des modifications, y compris au procès de C.

Les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer : Il y a accord pour dire que les modifications qui ont aboli les récusations péremptoires sont constitutionnelles et purement procédurales, de sorte qu'elles s'appliquent immédiatement aux instances en cours. Le Parlement était autorisé à agir en réponse à des préoccupations persistantes quant à l'utilisation discriminatoire des récusations péremptoires en les abolissant. Il y a aussi accord pour dire que les directives aux jurés sur les partis pris jouent un rôle vital en incitant les membres du jury à l'introspection, à la conscience de soi et à la responsabilité. Les tribunaux doivent prendre des mesures actives pour garantir que la prise de décision aura lieu sans faire appel aux préjugés, aux mythes et aux stéréotypes au moyen d'une approche contextualisée qui porte le regard au-delà de la discrimination manifeste et intentionnelle, soit sur les partis pris structurels et inconscients qui peuvent miner l'équité des procès, l'impartialité des membres du jury et l'égalité pour les personnes accusées ainsi que pour les victimes.

Toutefois, il y a désaccord avec les juges Moldaver et Brown en ce qui a trait à leur interprétation du pouvoir accru de mise à l'écart prévu à l'art. 633 du *Code criminel* et de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées. Ces questions sont complexes, comportent de multiples facettes et sont sans importance pour l'issue de l'appel. Il est préférable de ne pas en traiter compte tenu de l'absence d'observations de la part des parties et de l'insuffisance de la jurisprudence des tribunaux d'instances inférieures sur le sujet. Pour l'interprétation de l'art. 633, il ne faut pas accorder un poids indu au principe de la sélection aléatoire. Le caractère aléatoire n'est ni une fin en soi ni une exigence constitutionnelle autonome. Dans une société inégalitaire, le caractère aléatoire peut donner lieu à des résultats discriminatoires. De nombreux

legislate to address these problems, including by taking steps to deliberately include underrepresented groups. Although departing from randomness by using the stand-alone power to enhance diversity may give rise to practical challenges, those problems should not be overstated. Section 633 does not impose rigid requirements respecting the precise composition of the jury, but rather confers a broad and flexible discretion that can be tailored to the circumstances in which it is exercised.

With respect to challenges for cause, trial judges are afforded latitude to depart from the formula set out in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, where appropriate to ensure juror impartiality. Trial judges must permit prejudices to be examined through this process. It is true that the privacy interests of prospective jurors must be respected. However, privacy is just one interest to be weighed against others. The Court has also warned against setting a threshold for challenges for cause that would catch only the grossest forms of racial prejudice. It has been questioned whether the *Parks* formula catches anything beyond the grossest forms of prejudice. Ultimately, courts must be allowed to exercise their discretion in accordance with the wording and purpose of s. 638(1)(b) of the *Criminal Code*, the right to a fair and impartial tribunal, and *Charter* values, including substantive equality.

The Court should not use this case to circumscribe how judges may apply these recently-amended procedures. The preferable process would be for the Court to wait and see how the interlocking pieces of the new statutory regime work together in practice before weighing in with limits on how they may be used. A cautious approach is advisable to allow the new regime to develop organically and as intended.

Per Rowe J.: There is agreement that the abolition of peremptory challenges is constitutionally valid and that the legislative change is purely procedural and has retrospective application. However, it is necessary to address the risk that constitutionalizing statutory provisions through the jurisprudence poses. Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* give an accused the right to benefit from a fair trial by an independent and impartial jury but they do not guarantee the most favourable procedures

facteurs systémiques entraînent une sous-représentation de certains groupes à toutes les étapes de la sélection du jury. Il appartient au Parlement de légiférer pour régler ces problèmes, y compris d'adopter des mesures pour inclure délibérément les groupes sous-représentés. Même si le fait de s'éloigner du caractère aléatoire en utilisant le pouvoir de mise à l'écart pour accroître la diversité peut donner lieu à des défis sur le plan pratique, il ne faudrait pas exagérer ces problèmes. L'article 633 n'impose pas d'exigences rigides quant à la composition précise du jury; il confère plutôt un pouvoir discrétionnaire large et souple qui peut être adapté aux circonstances dans lesquelles il est exercé.

En ce qui a trait aux récusations motivées, le juge du procès dispose de la latitude nécessaire pour s'écarter de la formulation prescrite par l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, lorsqu'il est approprié de le faire pour garantir l'impartialité des membres du jury. Le juge du procès doit permettre d'examiner les préjugés au moyen de ce processus. Certes, il faut respecter le droit à la vie privée des membres possibles du jury. Toutefois, le respect de la vie privée n'est qu'un des droits à mettre en balance avec d'autres. La Cour a également mis en garde contre le fait de fixer un seuil donnant ouverture aux récusations motivées qui ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux. La question de savoir si la formulation prescrite par l'arrêt *Parks* vise davantage que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux a été soulevée. En définitive, les tribunaux doivent être libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément au libellé et à l'objet de l'al. 638(1)(b) du *Code criminel*, au droit à un tribunal équitable et impartial, et aux valeurs protégées par la *Charte*, y compris l'égalité réelle.

La Cour ne devrait pas utiliser la présente cause pour circonscrire l'usage que pourront faire les juges de ces procédures récemment modifiées. Il serait préférable que la Cour attende et constate comment les éléments inter-reliés du nouveau régime législatif agissent les uns par rapport aux autres en pratique avant d'imposer des limites à leur utilisation. Il est souhaitable d'adopter une approche prudente pour que le nouveau régime puisse évoluer de manière organique et comme prévu.

Le juge Rowe : Il y a accord pour dire que l'abolition des récusations péremptoires est valide sur le plan constitutionnel et que cette modification législative est purement procédurale et s'applique rétrospectivement. Il est toutefois nécessaire de traiter du risque que pose la constitutionnalisation de dispositions législatives par la jurisprudence. Les alinéas 11(d) et 11(f) de la *Charte* confèrent le droit à l'accusé de bénéficier d'un procès équitable tenu devant un jury indépendant et impartial; ils ne garantissent toutefois

imaginable or mandate specific procedural mechanisms. Statutory provisions that give effect to ss. 11(d) and 11(f) are not themselves constitutionally protected and beyond repeal. Constitutionalizing specific statutory provisions by which Parliament gives effect to constitutional rights is misguided. It is not for the courts to substitute their policy preferences for those of the legislature; rather courts should limit themselves to deciding whether constitutional protections have been infringed. Adopting, amending or repealing jury selection procedures raises no constitutional issue unless thereby trials by jury fall short of the constitutional guarantee to a fair trial.

A structural analysis of the principles underlying the Constitution can inform and assist in the proper interpretation of constitutional provisions. In the present case, separation of powers and parliamentary sovereignty shed light on the issue of *Charter* compliance. Constitutionalizing statutory provisions is contrary to the separation of powers between the legislature and the judiciary. The legislative and judicial branches have distinct roles and institutional capacities and each should show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other. With respect to the *Charter*, the role of the courts is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess a legislature's policy decisions. Constitutionalizing statutory provisions elides and curtails the role of legislatures. Removing legislatures' ability to repeal or modify statutory provisions is inconsistent with the dialogic partnership between legislatures and courts. Courts should not overstep their role when assessing whether statutory regimes comply with the *Charter*.

The principle of parliamentary sovereignty means that Parliament has the right to make or unmake any law. This principle is qualified by our federal structure, the *Charter* and Aboriginal and treaty rights; however, subject to limits imposed by the Constitution, the legislature can legislate as it chooses. This encompasses the capacity to repeal legislation. Constitutionalizing statutory provisions undermines the democratic principle whereby citizens participate in making laws through public institutions accountable to the public through electoral processes. Preventing Parliament from repealing a statutory provision, and in effect incorporating its content into the *Charter*, would undermine

pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer ni n'imposent de mécanismes procéduraux spécifiques. Les dispositions législatives qui donnent effet aux al. 11d) et 11f) ne sont pas elles-mêmes protégées par la Constitution, de sorte qu'elles ne pourraient être abrogées. La constitutionnalisation de dispositions législatives spécifiques par lesquelles le Parlement donne effet à des droits constitutionnels est malavisée. Il n'appartient pas aux tribunaux de substituer leurs préférences quant aux décisions de politique à celles du législateur; ils doivent plutôt se limiter à décider s'il y a eu violation de droits protégés par la Constitution. Le fait d'adopter, de modifier ou d'abroger des procédures relatives à la sélection du jury ne soulève pas de question constitutionnelle, à moins que, ce faisant, les procès avec jury ne satisfassent plus au droit constitutionnel à un procès équitable.

Une analyse structurelle des principes sous-jacents de la Constitution peut renseigner et aider à interpréter comme il se doit les dispositions constitutionnelles. En l'espèce, les principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire jettent un éclairage sur la question du respect de la *Charte*. Constitutionnaliser des dispositions législatives contrevient à la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Les branches législative et judiciaire jouent des rôles distincts et ont des attributions institutionnelles qui leur sont propres et chacune devrait respecter de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre. En ce qui a trait à la *Charte*, le rôle des tribunaux est d'assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe du législateur. La constitutionnalisation de dispositions législatives écarte et restreint le rôle du législateur. Éliminer la capacité des assemblées législatives d'abroger ou de modifier des dispositions législatives est incompatible avec le partenariat dialogique qui prévaut entre elles et les tribunaux. Ces derniers doivent s'abstenir d'outrepasser leur rôle lorsqu'ils examinent si les régimes législatifs satisfont aux exigences de la *Charte*.

Le principe de la souveraineté parlementaire veut dire que le Parlement a le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit. Ce principe est limité par notre structure fédérale, par la *Charte* et par les droits ancestraux ou issus de traités. Toutefois, sous réserve des limites prescrites par la Constitution, le législateur peut légiférer comme il le souhaite. Cela comprend le pouvoir d'abroger les lois. Le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives mine le principe de démocratie, selon lequel les citoyens participent à l'élaboration des lois par l'intermédiaire d'institutions publiques qui en assument la responsabilité publique par le truchement des processus électoraux. Empêcher le

Parliamentary sovereignty. The repeal or modification of statutory provisions can raise issues of *Charter* compliance if it gives rise to unconstitutional effects but nothing of that nature has been shown in this case.

Per Abella J. (dissenting in part): Both the appeal and the cross-appeal should be dismissed. The repeal of peremptory challenges is constitutionally compliant. Parliament has introduced a regime that addresses the goals of peremptory challenges and that empowers trial judges to protect the impartiality of the jury and counteract the reality of discrimination. However, the repeal of peremptory challenges was not a purely procedural change. It affected the substantive rights of accused persons and, absent transitional provisions, it should not have applied retrospectively to C's trial.

The right to be tried by a jury of one's peers is one of the cornerstones of our criminal justice system and is enshrined in ss. 11(d) and 11(f) the *Charter*. The purpose of the reforms to jury selection in Bill C-75 was to make room for a more diverse jury that will in turn promote confidence in the administration of justice. Parliament not only abolished peremptory challenges, but it gave trial judges the power to decide challenges for cause and created a new stand-aside power to direct trial judges to fulfill the role of ensuring jury impartiality and representativeness. In order to avoid bias and discrimination, the new jury selection system entrusts trial judges to vigorously exercise their authority in accordance with the *Charter* to ensure that Canadian juries are, and are perceived to be, impartial and representative.

The new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions. The new stand-aside power was intended to empower trial judges to ensure impartiality and to make room for a more diverse jury, in order to maintain public confidence in the administration of justice. It is based on an understanding of representativeness which looks to the actual composition of the jury, as opposed to the randomness of the selection process. It seeks to counteract systemic discrimination in jury selection. Trial judges can use these tools to actively promote jury diversity on a case by case basis. The goal is the selection of a representative cross-section of society, honestly and fairly

législateur d'abroger une disposition législative et, dans les faits, en incorporer le contenu dans la *Charte* auraient pour effet de miner la souveraineté parlementaire. L'abrogation et la modification de dispositions législatives peuvent soulever des questions relatives au respect de la *Charte* si elles donnent lieu à des effets inconstitutionnels, mais rien de cette nature n'a été démontré en l'espèce.

La juge Abella (dissidente en partie) : Tant l'appel que l'appel incident devraient être rejetés. L'abrogation des récusations péremptoires est constitutionnelle. Le Parlement a adopté un régime qui atteint les objectifs des récusations péremptoires et qui confère au juge de première instance le pouvoir de protéger l'impartialité du jury et de contrecarrer la réalité de la discrimination. Toutefois, l'abrogation des récusations péremptoires ne constituait pas une modification purement procédurale. Elle a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé et, sous réserve de l'existence de dispositions transitoires, elle n'aurait pas dû s'appliquer rétrospectivement dans le cadre du procès de C.

Le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs est l'une des pierres angulaires de notre système de justice pénale et il est consacré par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Les réformes apportées par le projet de loi C-75 au processus de sélection du jury visaient à obtenir un jury plus diversifié ce qui, en retour, allait augmenter la confiance envers l'administration de la justice. Le Parlement a non seulement aboli les récusations péremptoires, mais il a conféré au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et a créé un nouveau pouvoir de mise à l'écart pour lui confier le rôle de garantir l'impartialité et la représentativité du jury. Pour éviter les partis pris et la discrimination, le nouveau système de sélection du jury confie au juge du procès la tâche d'exercer vigoureusement son pouvoir, en conformité avec la *Charte*, pour garantir que les jurys canadiens sont impartiaux et représentatifs, et qu'ils sont perçus comme tels.

Le nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscients. Le nouveau pouvoir de mise à l'écart visait à conférer au juge du procès le pouvoir de garantir l'impartialité du jury et d'en obtenir un plus diversifié, de manière à maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Il est fondé sur une interprétation de la représentativité qui porte sur la composition réelle du jury, par opposition au caractère aléatoire qui prévaut dans le processus de sélection. Il vise à contrebalancer la discrimination systémique dans la sélection du jury. Le juge du procès peut recourir à ces outils pour promouvoir activement la diversité des

chosen. Actively promoting jury diversity is not reverse discrimination, it is reversing discrimination.

Abolishing peremptory challenges diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed by ss. 11(d) and (f) of the *Charter*. When legislation is enacted without transitional provisions, the law presumes that it only applies prospectively. While the jurisprudence carves out a narrow exception for purely procedural changes, the exception does not apply to new rules of procedure that affect or impinge on substantive rights. Procedural laws that have an impact on *Charter* rights have been considered to have substantive effects since constitutional rights are necessarily substantive. Since there is no doubt that an accused's fair trial rights are necessarily substantive, the legislation abolishing peremptory challenges affected substantive rights and could only have prospective effect.

For centuries, the common law included a right of the accused to exercise peremptory challenges and this right was codified in the *Criminal Code*. The Court has repeatedly asserted the importance of peremptory challenges in safeguarding the rights of accused persons in the jury system and enhancing their perception of trial fairness. While they did not guarantee any particular composition of the jury, peremptory challenges gave accused persons a meaningful opportunity to have their own subjective views about the impartiality of the jury respected.

It is not only an accused's confidence in trial fairness that is at stake, but the public's confidence that the jury is impartial. That impartiality is not possible without acknowledging the reality of discrimination in the public from which the jury is selected. Peremptory challenges were a tool to weed out this potential bias.

Systemic factors disproportionately exclude marginalized prospective jurors at every step of the selection process, resulting in a system in which Indigenous and racialized persons are overrepresented as accused persons and victims, and underrepresented as jurors. Peremptory

juries au cas par cas. Le but est de sélectionner un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Promouvoir activement la diversité des jurys ne constitue pas de la discrimination à rebours, cela consiste à faire reculer la discrimination.

L'abolition des récusations péremptoires a restreint le droit de l'accusé de participer utilement à la sélection du jury et d'influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé de participer à la sélection d'un jury impartial et représentatif qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Lorsqu'une loi est adoptée sans qu'elle contienne de dispositions transitoires, le droit présume qu'elle s'applique uniquement prospectivement. Certes, la jurisprudence définit une exception étroite pour les modifications purement procédurales; cette exception ne s'applique toutefois pas aux nouvelles règles de procédure qui portent atteinte aux droits substantiels ou empiètent sur eux. Il a été jugé que les lois procédurales qui portent atteinte aux droits protégés par la *Charte* ont des effets substantiels, puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Puisqu'il ne fait aucun doute que le droit d'un accusé à un procès équitable est forcément de nature substantielle, la loi qui a aboli les récusations péremptoires a porté atteinte à des droits substantiels et ne pouvait s'appliquer que prospectivement.

Durant des siècles, la common law a compris le droit pour l'accusé de recourir à des récusations péremptoires et ce droit a été codifié dans le *Code criminel*. La Cour a affirmé dans un grand nombre de causes l'importance des récusations péremptoires pour sauvegarder les droits de l'accusé dans le système avec jurys et pour accroître sa perception de l'équité des procès. Même si elles ne garantissaient aucune composition particulière du jury, les récusations péremptoires assuraient que l'accusé disposait d'une occasion réelle de faire respecter ses propres opinions subjectives quant à l'impartialité du jury.

Ce n'est pas uniquement la confiance d'un accusé dans l'équité du procès qui est en jeu, mais celle du public que le jury est impartial. Il est impossible de parvenir à cette impartialité sans reconnaître la réalité de l'existence de discrimination dans le public parmi lequel les jurés sont sélectionnés. Les récusations péremptoires étaient un outil pour éliminer ce parti pris potentiel.

Des facteurs systémiques excluent disproportionnellement les candidats jurés marginalisés à chaque étape du processus de sélection, ce qui résulte en un système dans lequel les Autochtones et les personnes racisées sont surreprésentés parmi les accusés et les victimes et

challenges were an important trial safeguard to try to secure representativeness from what can be unrepresentative random selections. Representativeness is an important guarantor of impartiality. It matters not because a juror's personal characteristics are indicative of how he or she will decide the case, but because if the right to be tried by a jury of one's peers means anything, it means that members of a jury must be, and be seen to be, open-minded, regardless of their own or the accused's race, religion, sex, gender identity, sexual orientation, political affiliations, age or economic status. Peremptory challenges enabled accused persons to attempt to secure representativeness, safeguarding their substantive right to meaningfully participate in the selection of an impartial and representative jury. Abolishing them, therefore, affected substantive rights.

The trial judge's error in denying C the right to use peremptory challenges cannot be cured by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*. The proviso only applies if the accused suffered no prejudice. C's case was not so overwhelming that any trier of fact would inevitably convict. Nor was the error minor or harmless. C was denied the ability to peremptorily challenge the people he felt would not judge him fairly. To him, this meant that he did not have an impartial jury. This is a prejudicial impact without a cure.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed. The amendments abolishing peremptory challenges infringe s. 11(f) of the *Charter* and they are not a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. Section 269 of the amending Act should be declared of no force or effect to the extent that it abolishes peremptory challenges. Further, there is agreement with *Abella J.* that the abolition of peremptory challenges clearly affects substantive rights and can apply only prospectively. C should receive a new trial including jury selection with peremptory challenges.

Parliament failed to understand why peremptory challenges have accompanied jury trials for over 700 years. It ignored the voices of racialized and other marginalized

sous-représentés parmi les jurés. Les récusations péremptoires constituaient une mesure de protection importante durant les procès pour tenter d'obtenir une représentativité à partir de choix aléatoires qui pouvaient ne pas être représentatifs. La représentativité est un gage important d'impartialité. Cela importe, non pas parce que les caractéristiques personnelles d'un candidat juré indiquent comment il ou elle décidera la cause, mais parce que si le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs doit avoir un sens, cela signifie que les membres d'un jury doivent être, et avoir l'apparence d'être, ouverts d'esprit, sans égard à leur propre race, religion, sexe, identité de genre, orientation sexuelle, affiliations politiques, âge ou statut économique, et sans égard à ces caractéristiques chez l'accusé. Les récusations péremptoires permettaient à l'accusé de tenter d'obtenir un jury représentatif, en sauvegardant son droit substantiel de participer réellement à la sélection d'un jury impartial et représentatif. Leur abolition a donc porté atteinte à des droits substantiels.

L'erreur du juge du procès de refuser à C le droit de recourir à des récusations péremptoires ne peut être réparée par la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*. Cette disposition ne s'applique que si l'accusé n'a pas subi de préjudice. La cause contre C n'était pas à ce point accablante qu'un juge des faits le déclarerait nécessairement coupable. L'erreur commise n'était par ailleurs ni mineure ni inoffensive. C s'est vu refuser le droit de récuser péremptoirement des individus qui, selon lui, ne le jugeraient pas équitablement. Pour lui, cela a voulu dire qu'il n'a pas été jugé par un jury impartial. Il s'agit d'une atteinte préjudiciable qui ne peut être réparée.

La juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté et le pourvoi incident devrait être accueilli. Les modifications abolissant les récusations péremptoires contreviennent à l'al. 11f) de la *Charte* et elles ne constituent pas une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article 269 de la Loi modificatrice devrait être déclaré invalide dans la mesure où il abolit les récusations péremptoires. De plus, il y a accord avec la juge *Abella* que l'abolition des récusations péremptoires porte de toute évidence atteinte à des droits substantiels et ne peut s'appliquer que prospectivement. C devrait subir un nouveau procès, incluant un nouveau processus de sélection des jurés accompagné de récusations péremptoires.

Le Parlement n'a pas compris pourquoi les récusations péremptoires ont accompagné les procès avec jury depuis plus de 700 ans. Il a ignoré les voix des personnes

persons calling out for a chance to maintain the benefit of trial by jury. Peremptory challenges permit accused persons to strike at hidden, subtle and unconscious biases that are undoubtedly present in the jury array and that go unaddressed by challenges for cause. Parliament saw peremptory challenges as an arbitrary tool used to perpetuate systemic racism and discrimination. The reality is, as defence advocates representing a wide spectrum of organizations implored the Court to understand, peremptory challenges are far from arbitrary. For accused persons who are racialized or otherwise marginalized, they are a lifeline to combat unconscious biases and discrimination. They give the accused a sense of ownership in the trial and they teach the litigant and the community that the jury is a good and proper mode for deciding matters.

In order for s. 11(f) of the *Charter* to be meaningful, there must be some set of core irreducible attributes that a tribunal must possess for it to be considered a jury. A jury must possess all of the characteristics necessary to provide the accused with the benefit that the framers of the *Charter* sought to protect. The purpose of s. 11(f) is to guarantee an underlying benefit that comes from jury trials. The benefit of trial by jury is formed by four elements, which are the four advantages of jury trials in comparison to judge-alone trials. First, the jury is an excellent fact finder because of the cumulative abilities of its members and the diversity of their experiences. Second, a jury represents the conscience of the community: it is best placed to determine whether applying the law would be inequitable or would accord with society's values. Third, the jury is a bulwark of individual liberty, protecting against oppressive laws or oppressive enforcement of the law. Fourth, the jury serves the broader social interests of public education and legitimization of the justice system. In order for an accused to receive the benefit of trial by jury, the jury must have certain characteristics. A jury must be the ultimate arbiter of guilt, and it must be impartial, representative and competent. The ability of the accused to meaningfully participate in selecting their triers may be another core, irreducible attribute of a jury trial.

Peremptory challenges play a unique role in a jury trial. They enable an accused person to meaningfully participate

racisées et d'autres personnes marginalisées qui réclamaient l'opportunité de maintenir le bénéfice d'un procès avec jury. Les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées de s'attaquer à des biais cachés, subtils et inconscients qui sont indubitablement présents dans le tableau des jurés et auxquels les récusations motivées ne peuvent pas remédier. Le Parlement a estimé que les récusations péremptoires étaient un outil arbitraire utilisé afin de perpétuer le racisme systémique et la discrimination. En réalité, comme des militants des droits de la défense représentant une vaste gamme d'organisations ont prié la Cour de le comprendre, les récusations péremptoires sont loin d'être arbitraires. Pour les accusés qui sont racisés ou autrement marginalisés, elles sont la bouée de sauvetage leur permettant de lutter contre les biais inconscients et la discrimination. Elles procurent à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès et elles enseignent au plaideur et à la collectivité que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions.

Pour que l'al. 11f) de la *Charte* ait un véritable sens, un tribunal doit posséder un ensemble d'attributs irréductibles pour qu'il soit considéré comme un jury. Un jury doit posséder toutes les caractéristiques nécessaires permettant d'offrir à l'accusé le bénéfice que les rédacteurs de la *Charte* désiraient protéger. L'objet de l'al. 11f) est de garantir un bénéfice sous-jacent qui découle des procès avec jury. Le bénéfice d'un procès avec jury est constitué de quatre éléments, qui sont les quatre avantages des procès avec jury comparativement aux procès avec un juge siégeant seul. Premièrement, le jury s'avère un excellent juge des faits en raison des aptitudes cumulatives de ses membres et de la diversité de leurs expériences. Deuxièmement, le jury représente la conscience de la collectivité : il est le mieux à même de déterminer si l'application de la loi à un ensemble particulier de faits serait injuste ou correspondrait aux valeurs de la société. Troisièmement, le jury est un rempart des libertés individuelles protégeant les individus contre les lois oppressives ou leur application oppressive. Quatrièmement, le jury sert des intérêts sociétaux plus larges tels que l'éducation du public et la légitimation du système de justice. Pour qu'un accusé bénéficie d'un procès avec jury, ce dernier doit posséder certaines caractéristiques. Le jury seul doit statuer sur la culpabilité et il doit être impartial, représentatif et compétent. La capacité de l'accusé à participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront pourrait être une autre de ces caractéristiques irréductibles qui sont indispensables à un procès avec jury.

Les récusations péremptoires jouent un rôle unique dans un procès avec jury. Elles permettent à l'accusé de

in selecting their triers, something that is absent in a trial by judge alone. This process of a participating in jury selection gives the accused a sense of ownership in the trial. Peremptory challenges also confer a substantial benefit in the subjective minds of accused persons: by removing jurors that cause them fear or discomfort, an accused will be more likely to feel that they are being tried by jurors whom they consider peers, which increases their confidence that the trial and the verdict are fair. This increased confidence in the fairness of the trial is especially important to offset the absence of reasons in a jury trial.

Peremptory challenges are also critical to the empanelling of impartial, representative and competent juries. First, peremptory challenges facilitate the selection of an impartial jury. Accused persons exercise them to remove potential jurors who are biased against them. Randomness in the jury selection process has traditionally been thought to guard against partiality, but in recent years, 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. Challenges for cause, which were established to work alongside peremptory challenges, rely upon overt manifestations of bias and are not likely to identify unconscious preconceptions and beliefs, racial or otherwise. Such deeply buried beliefs also are resistant to judicial instructions. Peremptory challenges enable an accused to apply their own life experiences to determine whether potential jurors exhibit signs of prejudice against them. Racialized or marginalized persons cannot rely on a judge to excuse or stand aside a potential juror because they may struggle to articulate why they perceive bias. Therefore, peremptory challenges are essential to have an impartial jury and their abolition negatively affects racialized and other marginalized persons. Challenges for cause, anti-bias instructions, and stand asides cannot fill the void.

Second, the jury must be a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen, in order to serve as the conscience of the community and to promote public trust in the justice system. Processes established to deliver

participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront, un processus absent d'un procès mené par un juge siégeant seul. Ce processus de participation à la sélection des jurés donne à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès. Les récusations péremptoires confèrent également un avantage substantiel dans l'esprit des accusés : lorsqu'il exclut des jurés qui le mettent mal à l'aise ou dont il a peur, l'accusé aura fort probablement le sentiment qu'il est jugé par des jurés qu'il considère comme ses pairs, ce qui accroît sa confiance dans l'équité du procès et du verdict. Cette confiance accrue dans l'équité du procès est particulièrement importante pour compenser l'absence de motifs dans un procès avec jury.

Les récusations péremptoires sont aussi essentielles à la constitution de jurys impartiaux, représentatifs et compétents. Premièrement, les récusations péremptoires facilitent la sélection d'un jury impartial. Les personnes accusées exercent leur droit de récusation péremptoire afin d'exclure des candidats jurés qui sont biaisés contre elles. Le caractère aléatoire du processus de sélection des jurés a traditionnellement été envisagé comme un rempart contre la partialité, cependant, au cours des dernières années, 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. Les récusations motivées qui ont été établies pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires sont fondées sur des manifestations évidentes de préjugés qui ne peuvent probablement être décelés, des idées préconçues et des croyances raciales ou autres. De telles croyances profondément enracinées dans la psyché humaine sont aussi réfractaires aux directives judiciaires. Les récusations péremptoires permettent à l'accusé d'appliquer son expérience personnelle afin de déterminer si le candidat juré démontre des signes de préjugés à son encontre. Les personnes racisées ou marginalisées ne peuvent compter sur un juge pour dispenser ou mettre à l'écart un candidat juré parce qu'elles peuvent avoir du mal à formuler les motifs pour lesquels elles ont le sentiment que le candidat juré a un biais. En conséquence, les récusations péremptoires sont essentielles pour constituer un jury impartial et leur abolition a une incidence néfaste sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées. Les récusations motivées, les directives de mise en garde contre les biais et les mises à l'écart ne peuvent combler le vide.

Deuxièmement, le jury doit être un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement pour pouvoir agir à titre de conscience de la collectivité et promouvoir la confiance du public envers le

a representative jury do not guarantee that a jury roll's composition will be proportionate to the general population. In practice, jury rolls are under-representative of racialized and other marginalized persons. In-court selection processes can enhance representativeness, especially where an array does not truly represent the diversity of the area. The abolition of peremptory challenges removes a tool often used by racialized and other marginalized persons to improve the representativeness of juries.

Third, peremptory challenges are critical to ensuring that a jury is competent. Competence in relation to understanding the evidence means willingness and capacity to understand it. A juror whose life experience has not embraced the area of the dispute is likely to have a blind spot of which he is quite unconscious and which may prevent him from getting the point of testimony or argument. The benefit of trial by jury is partly a product of the jury applying common sense, and common sense itself is the product of personal experience. Only accused persons know what experiences may be necessary to fully appreciate their evidence. Peremptory challenges are the only tool available to accused persons to address issues of competence. As it stands, the amended s. 633 of the *Criminal Code* is not an adequate replacement for peremptory challenges. Section 633 cannot be used to promote or enhance the diversity of the petit jury.

The abolition of peremptory challenges is not a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The impugned provision of the amending Act is clearly prescribed by law. Reducing discrimination and increasing diversity on juries represents a pressing and substantial objective. However, the means chosen is not rationally connected to this objective. Removing peremptory challenges altogether has the effect of furthering discrimination against racialized and other marginalized persons, and potentially reducing jury diversity. The abolition of peremptory challenges also is not minimally impairing of the right to the benefit of trial by jury. Parliament could have empowered judges to regulate the use of peremptory challenges, altered juror qualifications or grounds of challenge for cause, or modified the challenge for cause process to create a meaningful system for identifying biased jurors. Given

système de justice. Les processus établis visant à obtenir un jury représentatif ne garantissent pas que la liste de jurés aura une composition précise qui représente proportionnellement la population en général. En pratique, les personnes racisées et les autres personnes marginalisées sont sous-représentées sur les listes de jurés. La procédure de sélection pendant l'instance peut accroître la représentativité, en particulier lorsque la liste aléatoire des jurés ne permet pas d'obtenir un tableau des jurés représentant véritablement la diversité de la région. L'abolition des récusations péremptoires retire un outil souvent utilisé par les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées afin d'améliorer la représentativité des jurys.

Troisièmement, les récusations péremptoires sont cruciales pour faire en sorte que le jury soit compétent. La compétence nécessaire à la compréhension de la preuve signifie avoir la volonté et l'aptitude de la comprendre. Un juré dont l'expérience personnelle n'inclut pas le domaine sur lequel porte le litige aura probablement un angle mort dont il n'est véritablement pas conscient et qui peut l'empêcher de comprendre l'élément essentiel d'un témoignage ou d'un argument. Le bénéfice d'un procès avec jury découle en partie d'un jury qui fait preuve de bon sens et le bon sens lui-même découle de l'expérience personnelle. Seules les personnes accusées savent quelles expériences peuvent être nécessaires pour véritablement apprécier leur preuve. Les récusations péremptoires sont le seul outil dont disposent les personnes accusées pour répondre aux préoccupations liées à la compétence. En l'état actuel, la version modifiée de l'art. 633 du *Code criminel* ne remplace pas adéquatement les récusations péremptoires. L'article 633 ne peut être utilisé pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury.

L'abolition des récusations péremptoires n'est pas une limite raisonnable imposée par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La disposition contestée de la Loi modificatrice est manifestement imposée par une règle de droit. Réduire la discrimination et accroître la diversité des jurys constituent un objectif urgent et réel. Toutefois, le moyen choisi n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. La suppression pure et simple des récusations péremptoires a pour effet de perpétuer la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées et possiblement de diminuer la diversité des jurys. L'abolition des récusations péremptoires ne constitue également pas une atteinte minimale au droit de bénéficier d'un procès avec jury. Le Parlement aurait pu conférer aux juges le pouvoir d'encadrer le recours aux récusations péremptoires, modifier les critères de qualification établis

that peremptory challenges provide a great benefit to many accused persons and that their elimination perpetuates discrimination against racialized and other marginalized people, the deleterious effects outweigh the salutary effects of the legislation.

Alternatively, the amendments can apply only prospectively. Peremptory challenges are substantive. Their abolition is not beneficial for all: it is entirely detrimental to the accused, and its immediate application creates unfairness for those who have relied upon the existence of such challenges to make decisions. It changes the legal character or consequences of an accused's prior actions, such as electing to be tried by jury or seeking an adjournment of an earlier trial. Therefore, the abolition of peremptory challenges is an amendment affecting a substantive right. The abolition of peremptory challenges also affects other substantive rights. It affects ss. 11(d) and 11(f) by diminishing the accused's ability to meaningfully participate in jury selection. It affects the right to a fair trial by an impartial tribunal. Since peremptory challenges are themselves substantive and also affect other substantive rights, the amending provisions should not have applied to C's trial. This is not a case where it would be appropriate to apply the curative proviso. The error was not harmless or minor. C would likely have been tried by a differently composed jury and the case against him was not so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain.

Cases Cited

By Moldaver and Brown JJ.

Applied: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; **considered:** *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; **referred to:** *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421; *R. v. O'Coigly*, [1798] 26 Howell's State Trials 1191; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Gayle*

pour être juré ou encore les motifs de récusation motivée, ou modifier le processus de récusations motivées pour créer un système significatif permettant de repérer les jurés biaisés. Étant donné que les récusations péremptoires offrent un grand avantage à de nombreuses personnes accusées et que leur élimination perpétue la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées, les effets néfastes de la loi l'emportent sur ses effets bénéfiques.

Par ailleurs, les modifications ne peuvent s'appliquer que prospectivement. Les récusations péremptoires sont de nature substantielle. Leur abolition n'est pas avantageuse pour tous : elle est entièrement préjudiciable à l'accusé et son application immédiate crée une injustice pour ceux qui se sont fondés sur l'existence de telles récusations pour prendre certaines décisions. Elle change la nature juridique ou les conséquences de certaines décisions prises antérieurement par l'accusé, comme le choix d'être jugé par un jury ou de demander le report d'un procès dont la date de début était déjà fixée. Par conséquent, l'abolition des récusations péremptoires est une modification qui porte atteinte à un droit substantiel. L'abolition des récusations péremptoires porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels. Elle porte atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) en réduisant la possibilité pour l'accusé de véritablement participer à la sélection des jurés. Elle porte atteinte au droit à un procès équitable devant un tribunal impartial. Puisque les récusations péremptoires sont en soi substantielles et que leur abolition porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels, les dispositions modificatrices n'auraient pas dû être appliquées au procès de C. Il ne s'agit pas ici d'une affaire où il serait opportun d'appliquer la disposition réparatrice. L'erreur n'était ni sans préjudice ni anodine. C aurait probablement été jugé par un jury différemment constitué et la preuve produite contre lui n'était pas à ce point accablante, de sorte que tout autre verdict aurait été impossible à obtenir.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Brown

Arrêts appliqués : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; **arrêts examinés :** *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; **arrêts mentionnés :** *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421; *R. c. O'Coigly*, [1798] 26 Howell's State Trials 1191; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d)

(2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. v. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *R. v. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. v. Josipovic*, 2020 ONSC 630; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *R. v. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. v. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. v. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. v. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. v. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. v. Daniel*, 2019 ONSC 6920; *R. v. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. v. Stewart*, 2019 MBQB 171; *R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. v. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. v. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. v. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. v. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. v. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. v. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. v. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Nazarek*, 2019 BCSC 1798; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Sutt v. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169; *Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94.

By Martin J.

Referred to: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Brown* (2006), 219

783; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. c. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *R. c. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. c. Josipovic*, 2020 ONSC 630; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *R. c. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. c. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. c. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. c. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. c. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. c. Daniel*, 2019 ONSC 6920; *R. c. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. c. Stewart*, 2019 MBQB 171; *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. c. LeBlanc*, 2019 NBQB 241; *R. c. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. c. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. c. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. c. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. c. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. c. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Nazarek*, 2019 BCSC 1798; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Sutt c. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169; *Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94.

Citée par la juge Martin

Arrêts mentionnés : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Brown*

O.A.C. 26; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015

(2006), 219 O.A.C. 26; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs immobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*,

SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Ferrel v. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97.

By Abella J. (dissenting in part)

R. v. Kokopenace, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *R. v. R.S.*, 2019 ONCA 906; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 S.C.R. 101.

By Côté J. (dissenting)

Frank v. Canada (Attorney General), 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Mansell v. The Queen* (1857), 8 E.L. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *Morin v. The Queen*, (1890) 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508; *Gray v. Reg.* (1844), 11 Cl. & Fin. 427, 8 E.R. 1164; *R. v. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Stillman*,

[1989] 2 R.C.S. 49; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Ferrel c. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

R. c. Kokopenace, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536; *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *Banque royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *R. c. R.S.*, 2019 ONCA 906; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Frank c. Canada (Procureur général), 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Mansell c. The Queen* (1857), 8 E.L. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *Morin c. The Queen*, (1890) 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508; *Gray c. Reg.* (1844), 11 Cl. & Fin. 427, 8 E.R. 1164; *R. c. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S.

2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618; *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *R. v. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318; *Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; *L'Office Cherifien des Phosphates and Another Respondents v. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Arradi*, 2003 SCC 23, [2003] 1 S.C.R. 280.

Statutes and Regulations Cited

Act for regulating the Tryals in Cases of Treason and Misprison of Treason, 1696 (Eng.), 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7.
Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2019, c. 25, s. 269.
Bill C-75, An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, 1st Sess., 42nd Parl., 2019.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), (f).

1384; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618; *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *R. c. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318; *Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; *L'Office Cherifien des Phosphates and Another Respondents c. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.C.R. (2d) 49; *R. c. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Centre hospitalier Mont Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Arradi*, 2003 CSC 23, [2003] 1 R.C.S. 280.

Lois et règlements cités

Acte de Québec (G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2].
Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprison of Treason, 1696 (Eng.), 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d), f).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 631(1), (2), 632, 633, 634 [abr. 2019, c. 25, art. 269], 638, 640(1), (2), 686(1)b)(iii), (iv).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 668 (1), (2), (3), (4), (9).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43(c).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(10)(c), 631(1), (2), 632, 633, 634 [rep. 2019, c. 25, s. 269], 638, 640(1), (2), 686(1)(b)(iv).

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668 (1), (2), (3), (4), (9).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c-I-21, s. 43(c).

Quebec Act, 1774 (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 2].

Authors Cited

Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed. New York: Oxford University Press, 2019.

Baker, John. *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1588. New York: Oxford University Press, 2003.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 16th ed. London: A. Strahan, 1825.

Breger, Melissa L. "Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial" (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039.

Brown, R. Blake. "Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century" (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated May 2020, release 3).

Brun, Henry, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings of certain Societies in London relative to that event*. London: Seeley, Jackson and Halliday, 1790 (1872 reprint).

Canada. Department of Justice. *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, March 2018 (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsj/pl/charter-charte/c75.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_1_eng.pdf).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, p. 19605.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, p. 24108.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 103, 1st Sess., 42nd Parl., June 19, 2018, pp. 1615 and 1700.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, L.C. 2019, c. 25, art. 269.

Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2019.

Doctrine et autres documents cités

Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed., New York, Oxford University Press, 2019.

Baker, John. *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1588, New York, Oxford University Press, 2003.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 16th ed., London, A. Strahan, 1825.

Breger, Melissa L. « Making the Invisible Visible : Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial » (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039.

Brown, R. Blake. « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated May 2020, release 3).

Brun, Henry, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Burke, Edmund. *Réflexions sur la révolution de France*, trad. P. Andler, Paris, Hachette, 1989.

Canada. Bibliothèque du Parlement. Service de ressources d'information et de documentation. *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, publication n° 42-1-C75-F, par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et sociales, 7 mai 2018, révisé le 25 juillet 2019.

Canada. Bureau du Conseil privé. *Lois et règlements : l'essentiel*, 2^e éd., Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2001.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19605.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1^{re} sess., 42^e lég., 28 novembre 2018, p. 24108.

- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-75: An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 42-1-C75-E, by Laura Barnett et al., Legal and Social Affairs Division, May 7, 2018, revised July 25, 2019.
- Canada. Privy Council Office. *Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed. Ottawa: Department of Justice Canada, 2001.
- Coke, Edward. *Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*. London: Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coke, Edward. *Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Davison, Charles B. “The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories” (2020), 50 *Northern Review* 195.
- Du Parcq, Herbert. *Aspects of the Law: Being the Presidential Address of the Rt. Hon. Lord Du Parcq, President of the Holdsworth Club of the Students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1947-48*. Birmingham: Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1948.
- Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 4th ed. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).
- Fuller, Lon L. “The Forms and Limits of Adjudication” (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353.
- Gobert, James J. “The Peremptory Challenge — an Obituary” (1989), *Crim. L. Rev.* 528.
- Harding, Mark S., and Rainer Knopff. “Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141.
- Heinz, Judith. “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201.
- Henry, Miriam, and Frances Henry. “A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective” (1996), 38 *Crim L.Q.* 333.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 103, 1^{re} sess., 42^e lég., 19 juin 2018, p. 1615 et 1700.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 27, *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.
- Canada. Ministère de la Justice. *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, mars 2018 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c75.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_1_fr.pdf)
- Coke, Edward. *Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, London, Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coke, Edward. *Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*, London, Printed for E. and R. Brooke, 1797.
- Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- Davison, Charles B. « The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories » (2020), 50 *Northern Review* 195.
- Du Parcq, Herbert. *Aspects of the Law: Being the Presidential Address of the Rt. Hon. Lord Du Parcq, President of the Holdsworth Club of the Students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1947-48*, Birmingham, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1948.
- Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 4th ed., Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).
- Fuller, Lon L. « The Forms and Limits of Adjudication » (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353.
- Gobert, James J. « The Peremptory Challenge — an Obituary » (1989), *Crim. L. Rev.* 528.
- Harding, Mark S., and Rainer Knopff. « Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’ » (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141.
- Heinz, Judith. « Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 201.
- Henry, Miriam, and Frances Henry. « A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective » (1996), 38 *Crim L.Q.* 333.

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Iacobucci, Frank. *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2013.
- Israel, Mark. “The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels” (2003), 25 *Law & Pol’y* 37.
- Kettles, Brent. “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462.
- Langbein, John H. “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law” (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials*, LRC 63. British Columbia, 1983.
- Lawrence, Charles R. III. “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism” (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317.
- Lederman, W. R. “Charter Influences on Future Constitutional Reform”, in David E. Smith, Peter MacKinnon and John C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the future*, Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991, 115.
- Lederman, W. R. “Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.
- MacDonnell, Vanessa. “The Right to a Representative Jury: Beyond Kokopenace” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334.
- Maintland, F.W. *The Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press, 1908.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg, 1991.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*. Winnipeg, 1991.
- Marouf, Fatma E. “Implicit Bias and Immigration Courts” (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417.
- Melilli, Kenneth J. “Batson in Practice: What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges” (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447.
- Mewett, Alan W. “The Jury Stand-By” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp. Scarborough, Ont., Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Iacobucci, Frank. *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l’examen indépendant mené par l’honorable Frank Iacobucci*, Toronto, Ministère du Procureur général de l’Ontario, 2013.
- Israel, Mark. « The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels » (2003), 25 *Law & Pol’y* 37.
- Kettles, Brent. « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462.
- Langbein, John H. « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York, Oxford University Press, 2005.
- Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials*, LRC 63, British Columbia, 1983.
- Lawrence, Charles R. III. « The Id, the Ego, and Equal Protection : Reckoning with Unconscious Racism » (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317.
- Lederman, W. R. « Charter Influences on Future Constitutional Reform », in David E. Smith, Peter MacKinnon and John C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the future*, Saskatoon, Fifth House Publishers, 1991, 115.
- Lederman, W. R. « Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.
- MacDonnell, Vanessa. « The Right to a Representative Jury : Beyond Kokopenace » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334.
- Maintland, F.W. *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, 1991.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*, Winnipeg, 1991.
- Marouf, Fatma E. « Implicit Bias and Immigration Courts » (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417.
- Melilli, Kenneth J. « Batson in Practice : What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges » (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447.

- Minow, Martha. "Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors" (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*. Halifax, 1989.
- Page, Anthony. "Batson's Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge" (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155.
- Petersen, Cynthia. "Institutionalized Racism: The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process" (1993), 38 *McGill L.J.* 147.
- Profatt, John. *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact*. Cambridge: The Riverside Press, 1877.
- Ramirez, Deborah. "Affirmative Jury Selection: A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity" (1998), *U. Chicago Legal F.* 161.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Roach, Kent. *Canadian Justice, Indigenous Justice: The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill Queen's University Press, 2019.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto: Thomson Reuters (updated October, 2019, release 34).
- Roach, Kent. "Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms" (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 315.
- Roach, Kent. "The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case" (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271.
- Roberts, Anna. "(Re)forming the Jury: Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias" (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827.
- Roccamo, Giovanna Toscano. *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, June, 2018 (online: <https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Study%20Leave%20Report%202018%20June.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_2_en.pdf).
- Rowe, Malcolm, and Nicolas Déplanche. "Canada's Unwritten Constitutional Order: Conventions and Structural Analysis" (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 431.
- Ruparelia, Rakhi. "Erring on the Side of Ignorance: Challenges for Cause Twenty Years after *Parks*" (2013), 92 *Can. Bar Rev.* 267.
- Schuller, Regina, and Neil Vidmar. "The Canadian Criminal Jury" (2011), 86 *Chi-Kent L. Rev.* 497.
- Mewett, Alan W. « The Jury Stand-By » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Minow, Martha. « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations*, Halifax, 1989.
- Page, Anthony. « Batson's Blind-Spot : Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge » (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155.
- Petersen, Cynthia. « Institutionalized Racism : The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process » (1993), 38 *R.D. McGill* 147.
- Profatt, John. *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact*, Cambridge, The Riverside Press, 1877.
- Ramirez, Deborah. « Affirmative Jury Selection : A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity » (1998), *U. Chicago Legal F.* 161.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2017.
- Roach, Kent. *Canadian Justice, Indigenous Justice : The Gerald Stanley and Colten Boushie Case*, McGill Queen's University Press, 2019.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters (updated October, 2019, release 34).
- Roach, Kent. « Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 315.
- Roach, Kent. « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271.
- Roberts, Anna. « (Re)forming the Jury : Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias » (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827.
- Roccamo, Giovanna Toscano. *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, juin 2018 (en ligne : <https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Study%20Leave%20Report%202018%20June.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC26_2_en.pdf).
- Rowe, Malcolm, and Nicolas Déplanche. « Canada's Unwritten Constitutional Order : Conventions and Structural Analysis » (2020), 98 *R. du B. can.* 431.
- Ruparelia, Rakhi. « Erring on the Side of Ignorance : Challenges for Cause Twenty Years after *Parks* » (2013), 92 *R. du B. can.* 267.

- Schuller, Regina A., et al. "Challenge for Cause: Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom" (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol'y & L.* 407.
- Su, Anona. "A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury" (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Tanovich, David M. "The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655.
- Taylor-Thompson, Kim. "Empty Votes in Jury Deliberations" (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261.
- Thompson, Mikah K. "Bias on Trial: Toward an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom" (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243.
- Van Dyke, Jon M. *Jury Selection Procedures: Our Uncertain Commitment to Representative Panels*. Cambridge: Ballinger, 1977.
- Webber, Grégoire, et al. *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*. New York: Cambridge University Press, 2018.
- Weddell, Hilary. "A Jury of Whose Peers?: Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures" (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453.
- Schuller, Regina, and Neil Vidmar. « The Canadian Criminal Jury », (2011) 86 *Chicago Kent L. Rev.* 497.
- Schuller, Regina A., et al. « Challenge for Cause : Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom » (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol'y & L.* 407.
- Su, Anona. « A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury » (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Tanovich, David M. « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655.
- Taylor-Thompson, Kim. « Empty Votes in Jury Deliberations » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261.
- Thompson, Mikah K. « Bias on Trial : Toward an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom » (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243.
- Van Dyke, Jon M. *Jury Selection Procedures : Our Uncertain Commitment to Representative Panels*, Cambridge, Ballinger, 1977.
- Webber, Grégoire, et al. *Legislated Rights : Securing Human Rights through Legislation*, New York, Cambridge University Press, 2018.
- Weddell, Hilary. « A Jury of Whose Peers? : Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures » (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Tulloch JJ.A.), 2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365, 60 C.R. (7th) 1, 384 C.C.C. (3d) 215, [2020] O.J. No. 241 (QL), 2020 CarswellOnt 543 (WL Can.), setting aside the conviction for first degree murder entered by McMahon J., 2019 ONSC 5512, 443 C.R.R. (2d) 326, 148 O.R. (3d) 53, 380 C.C.C. (3d) 390, 57 C.R. (7th) 62, [2019] O.J. No. 4797 (QL), 2019 CarswellOnt 14975 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Abella J. dissenting in part and Côté J. dissenting.

Andreea Baiasu and Michael Perlin, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Dirk Derstine and Tania Bariteau, for the respondent/appellant on cross-appeal.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Tulloch), 2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365, 60 C.R. (7th) 1, 384 C.C.C. (3d) 215, [2020] O.J. No. 241 (QL), 2020 CarswellOnt 543 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré inscrite par le juge McMahon, 2019 ONSC 5512, 443 C.R.R. (2d) 326, 148 O.R. (3d) 53, 380 C.C.C. (3d) 390, 57 C.R. (7th) 62, [2019] O.J. No. 4797 (QL), 2019 CarswellOnt 14975 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge Abella est dissidente en partie et la juge Côté est dissidente.

Andreea Baiasu et Michael Perlin, pour l'appelante/intimée à l'appel incident.

Dirk Derstine et Tania Bariteau, pour l'intimé/appelant à l'appel incident.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Charles Murray, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Andrew Barg, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Caitlyn E. Kasper, for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.

Jean-Guillaume Blanchette, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Kent Roach, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Peter Thorning, for the intervener the Canadian Association of Black Lawyers.

Nader Hasan, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers.

Janani Shanmuganathan, for the intervener the South Asian Bar Association of Toronto.

Jill R. Presser, for the intervener the Advocates' Society.

Michael A. Johnston, for the intervener the Defence Counsel Association of Ottawa.

Nathan Gorham, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christopher R. Murphy, for the intervener Debbie Baptiste.

Joshua Sealy-Harrington, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Charles Murray, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Lara Vizsolyi, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Andrew Barg, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Caitlyn E. Kasper, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services Inc.

Jean-Guillaume Blanchette, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Kent Roach, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Peter Thorning, pour l'intervenante Canadian Association of Black Lawyers.

Nader Hasan, pour les intervenantes l'Association canadienne des avocats musulmans et Federation of Asian Canadian Lawyers.

Janani Shanmuganathan, pour l'intervenante South Asian Bar Association of Toronto.

Jill R. Presser, pour l'intervenante la Société des plaideurs.

Michael A. Johnston, pour l'intervenante Defence Counsel Association of Ottawa.

Nathan Gorham, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Christopher R. Murphy, pour l'intervenante Debbie Baptiste.

Joshua Sealy-Harrington, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

The reasons for judgment of Wagner C.J. and Moldaver and Brown JJ. were delivered by

Version française des motifs de jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver et Brown rendus par

[1] **MOLDAVER AND BROWN JJ.** — Jury selection in Pardeep Singh Chouhan’s trial for first degree murder was scheduled to begin on September 19, 2019. That day, amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, came into force which abolished peremptory challenges, depriving Mr. Chouhan of the right to remove a limited number of prospective jurors from the jury without providing a reason for doing so. This appeal focuses on the constitutionality and temporal scope of these amendments.

[1] **LES JUGES MOLDAVER ET BROWN** — La sélection du jury dans le procès de M. Pardeep Singh Chouhan pour meurtre au premier degré devait s’ouvrir le 19 septembre 2019. Ce jour-là, entraient en vigueur des modifications au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui abolissaient les récusations péremptoires, ce qui a privé M. Chouhan du droit d’exclure, sans avoir à se justifier, un nombre limité de candidats jurés. Le présent pourvoi concerne la constitutionnalité et la portée temporelle de ces modifications.

[2] Although peremptory challenges were a long-standing example of what Blackstone described as the “tenderness and humanity to prisoners, for which our English laws are justly famous”, they have drawn significant controversy in recent decades (*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at p. 353). While peremptory challenges permitted the Crown and the accused to exclude prospective jurors for suspected bias, they also had a darker side — a side which allowed for the arbitrary exclusion of jurors, as well as discriminatory practices born of prejudice and stereotypes, deployed by one side or the other to secure *not* an *impartial* jury, but a *favourable* jury. This quiet discrimination had palpable and well-documented effects on the composition of juries.

[2] Bien que les récusations péremptoires fussent un exemple de longue date de ce que Blackstone a appelé [TRADUCTION] « cette tendresse et cette humanité pour les prisonniers qui, à juste titre, rendent nos lois anglaises célèbres », elles ont suscité de vives controverses ces dernières décennies (*Commentaries on the Laws of England* (16^e éd. 1825), tome IV, p. 353). Les récusations péremptoires permettaient tant à la Couronne qu’à l’accusé d’exclure des candidats jurés soupçonnés de partialité, mais elles avaient toutefois aussi un côté plus sombre, dans la mesure où elles permettaient l’exclusion arbitraire de jurés ainsi que des pratiques discriminatoires fondées sur des préjugés et des stéréotypes, ce que l’une ou l’autre des parties employait afin d’obtenir *non pas* un jury *impartial*, mais un jury *favorable*. Cette discrimination subtile avait des effets tangibles et bien documentés sur la composition des jurys.

[3] Before his trial began, Mr. Chouhan challenged the constitutionality of the *Criminal Code* amendments abolishing peremptory challenges on the basis that they infringed his right to an independent and impartial jury trial under ss. 7, 11(d), and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the alternative, he argued that those amendments, which lack any transitional provisions, operated only prospectively and therefore did not apply to his trial.

[3] Avant l’ouverture de son procès, M. Chouhan a contesté la constitutionnalité des modifications au *Code criminel* qui ont aboli les récusations péremptoires, faisant valoir que ces modifications ont porté atteinte à son droit à un procès devant un jury indépendant et impartial, un droit garanti par l’art. 7 et les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, il a fait valoir que ces modifications, qui ne sont pas accompagnées de dispositions transitoires, ne valaient que pour l’avenir et ne s’appliquaient donc pas à son procès.

[4] The trial judge rejected both arguments (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). He identified the following range of procedural safeguards which, in his view, continued to protect the independence and impartiality of the jury, even in the absence of peremptory challenges: the roster of prospective jurors is randomly selected and representative of the community; jurors are drawn from that roster through a randomized process; the accused can remove a juror for one of several reasons enumerated in the challenge for cause provision under s. 638 of the *Criminal Code*; and the trial judge retains the discretion to excuse or stand aside prospective jurors for reasons enumerated in ss. 632 and 633 of the *Code*, such as hardship, obvious partiality, or other reasonable causes. Finding no violation of ss. 7, 11(d), or 11(f), the trial judge went on to determine that the impugned amendments were purely procedural in nature and thus applied immediately to all jury trials scheduled to begin on or after their coming into force.

[5] The selection of Mr. Chouhan's jury proceeded without peremptory challenges and Mr. Chouhan was ultimately convicted of first degree murder. Days after the jury rendered its verdict and before he was sentenced, Mr. Chouhan appealed from his conviction to the Court of Appeal for Ontario (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). He raised no substantive arguments about the conduct of the trial, but instead impugned the trial judge's ruling that the abolition of peremptory challenges was constitutional and that it applied to his trial.

[6] On appeal, Mr. Chouhan succeeded in having his conviction overturned and a new trial ordered. Writing for a unanimous court, Watt J.A. agreed with the trial judge that the amendments to the *Criminal Code* were constitutional, but he disagreed on their temporal scope. In his opinion, the abolition of peremptory challenges could not apply to accused persons whose right to a jury trial had vested by the time the amendments were proclaimed into force on September 19, 2019. This was the case for Mr. Chouhan, as his first degree murder charge

[4] Le juge du procès a rejeté les deux arguments (2019 ONCS 5512, 148 O.R. (3d) 53). Il a recensé la gamme suivante de garanties procédurales qui, selon lui, continuent d'assurer l'indépendance et l'impartialité du jury, même en l'absence de récusations péremptoires : la liste des candidats jurés est établie de manière aléatoire et elle est représentative de la collectivité; les jurés sont tirés de cette liste de manière aléatoire; l'accusé peut exclure un juré pour l'un des motifs énumérés dans la disposition visant les récusations motivées, l'art. 638 du *Code Criminel*; et le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de dispenser ou de mettre un candidat-juré à l'écart pour les raisons énumérées aux art. 632 et 633 du *Code criminel*, soit, par exemple, un inconvénient personnel sérieux, une partialité évidente, ou une autre raison valable. Ne constatant aucune atteinte à l'art. 7 ou aux al. 11d) ou 11f), le juge du procès a poursuivi en concluant que les modifications contestées étaient purement procédurales et s'appliquaient donc immédiatement à tous les procès avec jury débutant à compter de leur entrée en vigueur.

[5] Au procès de M. Chouhan, la sélection des jurés s'est déroulée sans récusations péremptoires et, en définitive, il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Quelques jours après que le jury eut rendu son verdict, et avant le prononcé de la peine, M. Chouhan a fait appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). Il n'a pas avancé d'arguments de fond sur la conduite du procès, attaquant plutôt la décision du juge du procès selon laquelle l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle et s'appliquait dans le cadre de son procès.

[6] En appel, M. Chouhan a réussi à faire annuler sa déclaration de culpabilité et à faire ordonner la tenue d'un nouveau procès. Auteur des motifs unanimes de la cour, le juge d'appel Watt a convenu avec le juge du procès de la constitutionnalité des modifications au *Code criminel*, mais il n'était pas d'accord sur la question de leur portée temporelle. Selon lui, l'abolition des récusations péremptoires ne pouvait pas s'appliquer à l'accusé dont le droit à un procès avec jury était acquis à la date de l'entrée en vigueur des modifications, soit le 19 septembre

pre-dated September 19, 2019. Accordingly, he was deprived of his substantive right to peremptory challenges under the former rules and a new trial was required.

[7] The Crown appealed to this Court on the issue of the temporal scope of the abolition of peremptory challenges; in turn, Mr. Chouhan cross-appealed on the constitutionality of the amendments abolishing them. At the conclusion of the hearing, a majority of the Court restored Mr. Chouhan's conviction, with reasons to follow. These are those reasons.

I. Issues

[8] Mr. Chouhan does not pursue his arguments under s. 7 of the *Charter* in this Court. Accordingly, two issues arise on this appeal:

- (a) Does the abolition of peremptory challenges violate the rights of accused persons under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*?
- (b) If not, does the abolition of peremptory challenges apply to accused persons who were awaiting trial on September 19, 2019?

II. Legislative Context

[9] Before addressing the merits of this appeal, some context is necessary, as Parliament did not decide to abolish peremptory challenges within a historical or social vacuum.

A. Peremptory Challenges in Canada

[10] Peremptory challenges have formed part of the jury selection process in Canada since the country's earliest days. Although the number of challenges available to the Crown and the accused has varied across time, the legislative scheme that Parliament abolished, which forms the subject of this appeal, set a fixed number of challenges for each party based on the seriousness of the underlying criminal charges. The Crown and the accused could each exercise

2019. C'était le cas pour M. Chouhan, puisque l'accusation de meurtre au premier degré portée contre lui était antérieure au 19 septembre 2019. Il a donc été privé de son droit substantiel à des récusations péremptoires selon les anciennes règles, et il était nécessaire de tenir un nouveau procès.

[7] La Couronne s'est pourvue devant notre Cour sur la question de la portée temporelle de l'abolition des récusations péremptoires, et M. Chouhan, quant à lui, a formé un pourvoi incident sur la constitutionnalité des modifications qui les avaient abolies. Au terme de l'audience, la Cour, à la majorité, a rétabli la déclaration de culpabilité de M. Chouhan avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

I. Questions en litige

[8] Devant la Cour, M. Chouhan ne fonde pas ses arguments sur l'art. 7 de la *Charte*. Le présent pourvoi soulève donc deux questions :

- a) L'abolition des récusations péremptoires porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*?
- b) Sinon, l'abolition des récusations péremptoires s'applique-t-elle à l'accusé qui était en attente de son procès le 19 septembre 2019?

II. Contexte législatif

[9] Avant que nous examinions le pourvoi au fond, une mise en contexte s'impose, puisque la décision du Parlement d'abolir les récusations péremptoires n'a pas été prise en dehors de toute considération historique ou sociale.

A. Les récusations péremptoires au Canada

[10] Les récusations péremptoires font partie du processus de sélection des jurés au Canada depuis la fondation du pays. Le nombre de récusations offertes à la Couronne et à l'accusé a varié au fil du temps, mais le régime législatif que le Parlement a aboli, et qui est l'objet du présent pourvoi, avait établi pour chacune des parties un nombre fixe de récusations en fonction de la gravité des accusations criminelles sous-jacentes. La Couronne et l'accusé disposaient

20 peremptory challenges where the accused was charged with high treason or first degree murder, 12 where the accused was charged with an offence that attracted a maximum sentence of more than five years' imprisonment (but excluding high treason and first degree murder), and 4 for all other offences.

[11] Peremptory challenges formed part of a dynamic in-court process governing the selection of jurors from an array of prospective jurors selected at random for jury duty. This process included, and still includes: the ability of accused persons and the Crown to request the removal of a given juror on a challenge for cause for reasons including partiality (*Criminal Code*, s. 638); the power of the trial judge to excuse prospective jurors for reasons of obvious partiality, personal hardship, or any other reasonable cause (s. 632); and the power of trial judges to stand aside prospective jurors (s. 633). This stand-aside power allows the trial judge to direct that a prospective juror will not sit on the jury unless there are too few other jurors fit to serve.

[12] These in-court procedures emerged in their modern forms in the 16th and 17th centuries in England (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 523). As L'Heureux-Dubé J. explained in *Sherratt*, their development was “neither fortuitous nor arbitrary” but rather emerged gradually over hundreds of years to support the purposes of the institution of the jury (p. 523). By fostering the independence, impartiality, and representativeness of the jury, the selection process ensures that the jury remains “an excellent fact finder”, that it acts as “the conscience of the community” and as a “final bulwark against oppressive laws or their enforcement”, and that it increases public trust in the administration of justice (pp. 523-24).

[13] Peremptory challenges played a distinct, albeit limited role within this broader context. While the other features of jury selection permit the removal of a juror only for specific reasons, peremptory

chacun de 20 récusations péremptoires lorsque l'accusé était inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré, de 12 lorsqu'il était inculpé d'une infraction passible d'une peine maximale de plus de 5 ans d'emprisonnement (mais à l'exclusion de la haute trahison et du meurtre au premier degré), et de 4 pour toutes les autres infractions.

[11] Les récusations péremptoires faisaient partie d'un processus dynamique en salle d'audience qui régissait la sélection des jurés à partir d'un tableau de candidats jurés choisis de manière aléatoire pour exercer la fonction de juré. Ce processus comprenait, et comprend encore : la faculté pour l'accusé et pour la Couronne de demander l'exclusion d'un juré pour un des motifs énumérés dans la disposition visant les récusations motivées, dont la partialité (*Code criminel*, art. 638); le pouvoir du juge du procès de dispenser un candidat-juré pour des raisons de partialité manifeste, d'inconvénient personnel sérieux ou pour toute raison valable (art. 632); et le pouvoir du juge du procès d'ordonner la mise à l'écart de candidats jurés (art. 633). Ce pouvoir de mise à l'écart permet au juge du procès d'empêcher un candidat-juré de faire partie du jury à moins que le nombre des autres jurés aptes à exercer la fonction soit insuffisant.

[12] Ces procédures qui se déroulent en salle d'audience sont nées dans leur forme contemporaine durant les XVI^e et XVII^e siècles en Angleterre (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 523). Comme l'expliquait la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Sherratt*, leur évolution « n'avait rien de fortuit ni d'arbitraire », mais s'est plutôt cristallisée graduellement au cours des siècles pour affermir les objets de l'institution du jury (p. 523). En promouvant l'indépendance, l'impartialité et la représentativité du jury, le processus de sélection garantit que celui-ci demeure « un excellent juge des faits », qu'il agit en tant que « conscience de la collectivité » et « dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application », et qu'il accroît la confiance du public envers l'administration de la justice (p. 523-524).

[13] Les récusations péremptoires jouaient un rôle spécifique, encore que restreint, dans ce contexte général. Tandis que les autres caractéristiques de la sélection du jury permettent d'exclure un juré

challenges were “entirely discretionary and not subject to any condition” (*Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 721). The accused could remove a juror because of “a mere belief, more often a hunch, . . . that within the prospective juror resides a state of mind at odds with impartiality” (*R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, at para. 123). Blackstone offered two justifications for this virtually unfettered discretion: first, that an accused person ought not to be tried by “any one man against whom he has conceived a prejudice”, and secondly, that accused persons ought to have an opportunity to remove jurors who may become resentful after an unsuccessful challenge for cause (p. 353, as cited in *Cloutier*, at p. 720). In short, peremptory challenges heightened the accused’s perception that he or she “has had the benefit of a fairly selected tribunal” (*Sherratt*, at pp. 532-33).

[14] While, as our colleague Côté J. recounts, commentators since (and including) Blackstone have celebrated the peremptory challenge for its subjective importance to the accused, this must be understood in light of the context surrounding its origin and later evolution. As to its origin, it really is this simple: the juror being objected to was not, in any sense, the juror of the modern day criminal trial. This is because, when peremptory challenges were first made available at common law to the accused, the role of the juror was markedly different. Jurors acted *not* as *independent and impartial* fact-finders, but as fact-knowers with *first-hand knowledge* of the allegations against the accused (J. Heinz, “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201, at pp. 207-8). Peremptory challenges thus emerged in a context in which the jurors, the accused, and the victims each knew one another. In our respectful view, the constitutionality of the abolition of peremptory challenges in 21st century Canada cannot usefully be informed by such a provenance.

uniquement pour des raisons précises, le recours aux récusations péremptoires était « entièrement discrétionnaire et [. . .] assorti d’aucune condition » (*Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, p. 721). L’accusé pouvait exclure un juré en raison [TRADUCTION] « d’une simple croyance, plus souvent d’un pressentiment, [. . .] que le candidat-juré présent[ait] un état d’esprit qui fai[sait] douter de son impartialité » (*R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, par. 123). Blackstone a offert deux justifications pour expliquer ce pouvoir discrétionnaire quasi absolu : d’abord, le fait que l’accusé ne devrait pas être jugé [TRADUCTION] « par une personne contre laquelle il entretient un préjugé »; ensuite, le fait que l’accusé devrait être libre d’exclure les jurés susceptibles d’éprouver un ressentiment après avoir fait l’objet d’une récusation motivée infructueuse (p. 353, cité dans l’arrêt *Cloutier*, p. 720). Bref, les récusations péremptoires intensifiaient le sentiment de l’accusé qu’il « a[vait] bénéficié d’un tribunal constitué équitablement » (*Sherratt*, p. 532-533).

[14] Certes, comme le rappelle notre collègue la juge Côté, Blackstone et les auteurs qui lui ont succédé ont vanté les mérites des récusations péremptoires pour leur importance subjective aux yeux de l’accusé. Il faut toutefois interpréter ces écrits à la lumière du contexte de l’origine de ces récusations et de leur évolution par la suite. En ce qui a trait à leur origine, la réalité est toute simple : le juré qu’on voulait exclure n’était d’aucune façon le juré qui participe aux procès criminels modernes. En effet, lorsque les récusations péremptoires ont été mises à la disposition de l’accusé en common law, le rôle du juré était très différent. Il n’agissait *pas* comme juge *indépendant et impartial* des faits, mais comme une personne informée des faits, ayant une *connaissance de première main* des allégations portées contre l’accusé (J. Heinz, « Peremptory Challenges in Criminal Cases : A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 201, p. 207-208). Les récusations péremptoires ont donc vu le jour dans un contexte où les jurés, l’accusé et les victimes se connaissaient les uns les autres. À notre avis, la constitutionnalité de l’abolition des récusations péremptoires dans le Canada du XXI^e siècle ne peut pas être évaluée utilement à la lumière d’une telle origine.

[15] Further, after the jury had become an impartial fact-finding body, challenges for cause and peremptory challenges were generally exercised in narrow and objectively determinable circumstances, such as where a prospective juror failed to meet residential or property requirements, or had a relationship with the accused (R. Blake Brown, “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century” (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, at p. 458). And even after the practice became that an accused person could derive subjective comfort from being able to object to any juror for any reason, that form of challenge (and indeed all forms of challenge) were “uncommon in English courtrooms” before the 19th century (p. 459). This is unsurprising, given the summary nature of criminal trials at the time — trials would take as little as 30 minutes, the role of counsel was minimal, and the accused was not given advance notice of the names of prospective jurors (p. 460). And because jurors were generally of a higher social status than the accused, few accused would challenge prospective jurors for fear of offending the remaining jurors — a fear that was all the more palpable because the accused had to *personally* challenge each juror, even where the accused was represented by counsel (p. 461; see also J. H. Langbein, “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law” (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047, at p. 1058). Given all this, one commentator concludes that the accused’s “nominal challenge rights were of little use” for much of their history (Langbein, at fn. 51). In short, peremptory challenges, while available, were not such a common feature as to make it possible to say, as our colleague says, that they gave the accused “a sense of ownership in the trial” (Côté J.’s reasons, at para. 235).

[16] It is, however, fair to say that accused persons could use peremptory challenges to their advantage — for instance, during political prosecutions in the 17th century, when Parliament “recognized that peremptory challenges were one of the accused’s

[15] En outre, après que le jury est devenu un organe impartial chargé de juger les faits, les récusations motivées et péremptoires ont généralement été demandées dans des circonstances limitées et objectivement définissables, comme lorsque le candidat-juré ne satisfaisait pas aux exigences quant au lieu de résidence ou quant à son statut de propriétaire terrien, ou encore lorsqu’il avait un lien avec l’accusé (R. Blake Brown, « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, p. 458). Cela dit, même après l’acceptation du fait que l’accusé puisse tirer un réconfort subjectif de sa capacité à contester la présence d’un juré pour quelque raison que ce soit, ce type de récusations (et d’ailleurs tous les types de récusations) était [TRADUCTION] « rarement demandé devant les tribunaux anglais » avant le XIX^e siècle (p. 459). Cela n’est guère surprenant vu le caractère sommaire des procès criminels de l’époque — ceux-ci duraient aussi peu que 30 minutes, l’avocat avait un rôle minime, et l’accusé n’était pas informé à l’avance de l’identité des candidats jurés (p. 460). De plus, comme les jurés appartenaient habituellement à une classe sociale plus élevée que l’accusé, celui-ci ne demandait que rarement la récusation de candidats jurés de peur d’offenser ceux qui restaient — une peur d’autant plus palpable que l’accusé était tenu de demander *personnellement* la récusation de chaque juré, même si un avocat le représentait (p. 461; voir aussi J. H. Langbein, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1994), 92 *Mich. L. Rev.* 1047, p. 1058). Compte tenu de tout ce qui précède, un auteur a conclu que [TRADUCTION] « le droit théorique [de l’accusé] à des récusations n’a pas été très utile » durant une grande partie de leur histoire (Langbein, n. 51). Bref, les récusations péremptoires, même si l’accusé pouvait y recourir, n’étaient pas courantes au point de pouvoir prétendre, comme le fait notre collègue, qu’elles donnaient à l’accusé « un sentiment d’appartenance à l’égard du procès » (motifs de la juge Côté, par. 235).

[16] Il est toutefois juste de dire que l’accusé pouvait utiliser les récusations péremptoires à son avantage — par exemple, dans le cadre de poursuites politiques au XVII^e siècle lorsque le Parlement « a reconnu que les récusations péremptoires étaient l’un

most important tools in securing an impartial jury” (Côté J.’s reasons, at para. 234). But again, context is vital to understanding the significance of this observation to the question before us in this appeal. At that time, the trial process retained a marked power imbalance as between the Crown and the accused (J. Profatt, *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact* (1877), at pp. 211-13). While Parliament had abolished the Crown’s peremptory challenges in 1305, courts had recognized a Crown right to *stand aside* an *unlimited* number of jurors (Heinz, at p. 208; J. M. Van Dyke, *Jury Selection Procedures: Our Uncertain Commitment to Representative Panels* (1977), at p. 154; Brown, at p. 464, citing *R. v. O’Coigly*, [1798] 26 Howell’s State Trials 1191; Heinz, at p. 208). It is therefore not surprising — especially given the experience of turmoil and injustice in 17th century England, and of Parliament’s consequent desire to confine the Crown to the rule of law — that Parliament acted as it did to secure a place for peremptory challenges.

[17] We do not, however, see such considerations as especially germane in present circumstances. More generally, and while the peremptory challenge is, as our colleague says, “over seven hundred years old” (Côté J.’s reasons, at para. 232), the historical context from which it emerged and in which it developed, more fully understood, does not support the narrative of undiluted accused protections that our colleague describes. More to the point, however, it tells us little if anything about the current significance of the peremptory challenge to the modern criminal trial. Of greater significance on that point, in our view, is the evidence of two experienced defence counsel, qualified as experts at trial, who attested to their clients’ perceptions of the value of peremptory challenges. They testified that accused persons routinely use peremptory challenges based on the way prospective jurors look at them during the selection process. Additionally, they suggested that racialized accused routinely use peremptory challenges to remove non-racialized prospective jurors and make

des outils les plus importants dont bénéficiait l’accusé pour s’assurer de l’impartialité du jury » (motifs de la juge Côté, par. 234). Toutefois, nous le répétons, le contexte est essentiel pour comprendre l’importance de cette remarque relativement à la question dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi. À l’époque, il existait encore un déséquilibre marqué entre les pouvoirs de la Couronne et ceux de l’accusé dans le contexte des procès (J. Profatt, *A Treatise on Trial By Jury, Including Questions of Law and Fact* (1877), p. 211-213). Certes, le Parlement avait aboli les récusations péremptoires de la Couronne en 1305, mais les tribunaux avaient reconnu un droit pour cette dernière de *mettre à l’écart* un nombre *illimité* de jurés (Heinz, p. 208; J. M. Van Dyke, *Jury Selection Procedures : Our Uncertain Commitment to Representative Panels* (1977), p. 154; Brown, p. 464, citant *R. c. O’Coigly*, [1798] 26 Howell’s State Trials 1191; Heinz, p. 208). Il n’est donc guère surprenant — surtout compte tenu des turbulences et des injustices qui avaient cours dans l’Angleterre du XVII^e siècle ainsi que du souhait subséquent du Parlement de contraindre la Couronne au respect de la primauté du droit — que le Parlement ait agi comme il l’a fait afin de ménager une place pour les récusations péremptoires.

[17] Cependant, de telles considérations ne nous semblent pas particulièrement pertinentes dans les circonstances qui prévalent de nos jours. Plus généralement, et en dépit du fait que les récusations péremptoires existent depuis « plus de 700 ans » comme le rappelle notre collègue (motifs de la juge Côté, par. 232), le contexte historique dans lequel elles ont vu le jour et ont évolué, considéré avec plus de profondeur, n’étaye pas le récit de notre collègue détaillant des protections sans réserve conférées à l’accusé. Encore plus pertinent toutefois, ce récit nous dit bien peu, voire rien du tout, quant à l’importance actuelle des récusations péremptoires pour les procès criminels modernes. Et ce qui importe davantage selon nous à cet égard, ce sont les témoignages de deux avocats de la défense expérimentés, qualifiés d’experts dans le cadre du procès, qui ont fait état de la perception de leurs clients quant à la valeur des récusations péremptoires. Ils ont témoigné que l’accusé recourt très souvent à ce type de récusations en se fondant sur la manière dont les candidats

room for jurors who represent diverse backgrounds, thereby increasing the accused's confidence in the impartiality of the jury.

B. *Mounting Criticism of Peremptory Challenges*

[18] While we do not deny the value of peremptory challenges from the subjective view of accused persons, the *true* value of this “benefit” was doubtful. Peremptory challenges are *exclusive* rather than *inclusive* in nature: they enabled accused persons to *exclude* a limited number of prospective jurors. They did not, however, allow the accused to hand-pick the eventual jurors, since the accused's ability to exclude some jurors was balanced by the Crown's equal right to exclude others. At most, peremptory challenges provided the parties with a limited ability to determine who would ultimately serve on the jury.

[19] Moreover, once the jury was empaneled, it became impossible to trace the impact of peremptory challenges on the verdict, given the insurmountable difficulty in ascertaining how a differently constituted jury would have ruled on the same case. As aptly recognized by the Court of Appeal, peremptory challenges were “by nature arbitrary and subjective,” requiring the accused and counsel to rely on “guess work and uncertain mythologies” to predict the prospective juror's beliefs and attitudes (paras. 54 and 57). The Court of Appeal rightly acknowledged the difficulties inherent in speculating — let alone accurately predicting — how jurors would react to the case based solely on characteristics like “race, gender, age, ethnic origin, demeanour, or manner of dress” (para. 54).

[20] More critically, peremptory challenges sit uneasily with various other aspects of jury selection. To begin, peremptory challenges did not displace the principle that the accused has no right to select a partial or favourable jury (*Sherratt*, at p. 532; *R. v.*

jurés les regardent durant le processus de sélection. Ils ont aussi indiqué que l'accusé racialisé recourt régulièrement aux récusations péremptoires pour exclure les candidats jurés non racialisés au profit de candidats provenant de divers horizons, augmentant ainsi leur confiance dans l'impartialité du jury.

B. *Critiques croissantes des récusations péremptoires*

[18] Sans nier la valeur des récusations péremptoires du point de vue subjectif de l'accusé, nous estimons que la *vraie* valeur de cet « avantage » était douteuse. Les récusations péremptoires étaient de nature *exclusive* plutôt qu'*inclusive* : elles permettaient à l'accusé d'*exclure* un nombre limité de candidats jurés. Elles ne permettaient toutefois pas à l'accusé de choisir les jurés éventuels, puisque son droit d'exclure certains jurés était contrebalancé par le droit correspondant de la Couronne d'en exclure elle aussi. Tout au plus, les récusations péremptoires donnaient aux parties une capacité limitée de déterminer qui ferait ultimement partie du jury.

[19] De plus, une fois le jury constitué, il devenait impossible de discerner l'effet des récusations péremptoires sur le verdict, vu la difficulté insurmontable de savoir quel verdict un jury composé différemment aurait rendu dans la même cause. Comme l'a reconnu avec justesse la Cour d'appel, les récusations péremptoires étaient [TRADUCTION] « forcément arbitraires et subjectives », obligeant l'accusé et son avocat à s'en remettre à « des conjectures et à des mythes obscurs » pour prédire les convictions et les attitudes des candidats jurés (par. 54 et 57). Elle a rappelé à juste titre l'évidente difficulté de pressentir — et, à plus forte raison, de prédire avec exactitude — en se fondant uniquement sur des caractéristiques comme « la race, le sexe, l'âge, l'origine ethnique, le comportement ou la tenue vestimentaire » (par. 54), la manière dont des jurés verraient la cause qui leur serait soumise.

[20] En outre, les récusations péremptoires cadrent mal avec plusieurs autres aspects de la sélection des jurés. D'abord, elles n'ont pas supplanté le principe selon lequel l'accusé n'a pas le droit de choisir un jury partial ou favorable (*Sherratt*, p. 532; *R. c.*

Barrow, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 720; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 71). As this Court explained in *Yumnu*, at para. 71, that principle is fundamental:

... jury selection is not a game and it should not be approached as though it were. Winning and losing are concepts that ought not to be associated with it. The process is not governed by the strictures of the adversarial model, nor should it be The idea at the end of the day is not to obtain a jury that is partial to one side or the other. We are looking for jurors who are eligible, impartial, representative and competent. The jury does not belong to the parties; it belongs to the people.

[21] Similarly, over 30 years ago, Professor Mewett noted that peremptory challenges and Crown stand asides, the functional equivalent of a peremptory challenge, undermined the randomness of jury selection, a significant guarantor of jury independence and impartiality:

... we must reconsider the entire basis for the legislation [governing peremptory challenges and Crown stand-asides]. It is no longer sufficient to accept it merely because it has developed over the past 700 years. I am not entirely convinced that peremptory challenges for either side make all that much sense, given the checks and balances that exist in the initial selection process

... The essence of our selection process is its random nature — both the Crown and the accused literally take the luck of the draw, both as to who gets onto the panel in the first place and then as to the order in which they are called to take their places on the jury.

(“The Jury Stand-By” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386)

[22] Commentators have also recognized that peremptory challenges could be used in such a way as to facilitate quiet, but deliberate, discrimination. Indigenous communities, in particular, have witnessed the disturbing effects of peremptory challenges

Barrow, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 720; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, par. 71). Comme l’expliquait la Cour dans l’arrêt *Yumnu*, par. 71, c’est là un principe fondamental :

... la sélection du jury n’est pas un jeu et on ne devrait pas l’entreprendre dans cet esprit. Il ne faut pas s’y engager avec l’idée de gagner ou de perdre. Il ne s’agit pas d’un processus soumis aux restrictions du modèle contradictoire, et [. . .] il ne devrait pas l’être non plus. En définitive, l’objectif n’est pas d’avoir un jury qui serait partial envers l’une ou l’autre partie. Nous voulons des jurés habiles à exercer leurs fonctions, impartiaux, représentatifs et compétents. Le jury n’appartient pas aux parties, mais au public.

[21] Pareillement, il y a plus de 30 ans, le professeur Mewett faisait observer que les récusations péremptoires et les mises à l’écart par la Couronne — soit l’équivalent fonctionnel des récusations péremptoires — minaient le caractère aléatoire de la sélection des jurés. Or, ce caractère aléatoire est une garantie importante de l’indépendance et de l’impartialité du jury :

[TRADUCTION] . . . nous devons revoir en profondeur la raison d’être des dispositions législatives [régissant les récusations péremptoires et les mises à l’écart par la Couronne]. Il ne suffit plus de les accepter au seul motif qu’elles se sont développées au cours des sept derniers siècles. Je ne suis pas totalement convaincu que les récusations péremptoires offertes à l’une ou l’autre partie soient aussi judicieuses que cela, compte tenu des freins et contrepoids que comporte la sélection initiale

... L’essence même de notre processus de sélection est son caractère aléatoire — la Couronne tout comme l’accusé s’en remettent littéralement au pur hasard, à la fois pour ce qui concerne d’abord la composition du tableau des jurés puis pour ce qui a trait à l’ordre dans lequel ils sont appelés à faire partie du jury.

(« The Jury Stand-By » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, p. 386)

[22] Des observateurs ont aussi reconnu que les récusations péremptoires pourraient servir à favoriser une discrimination subtile, encore que délibérée. Les communautés autochtones, en particulier, ont pu constater que les récusations péremptoires

in excluding their members from juries. The 1991 Manitoba Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People noted that “both prosecutors and defence attorneys have used their peremptory challenges and stand asides to screen Aboriginal people out of the jury system” (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 382). When the Honourable Frank Iacobucci examined the problem of Indigenous under-representation on Ontario’s provincial jury rolls, he found that the continued existence of peremptory challenges undermined even the most successful attempts by the province to ensure that Indigenous people are represented on jury rolls (*First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by the Honourable Frank Iacobucci* (2013), at para. 376). The Iacobucci Report noted particularly stark examples of the use of peremptory challenges to exclude Indigenous jurors:

The examples they provide are compelling. In the Helen Betty Osborne case in The Pas, the jury had no Aboriginal members, in spite of the fact that it was in an area of Manitoba where Aboriginal people comprise over 50% of the population. All six Aboriginal people called forward were the subjects of peremptory challenges from the defence. Similarly, on one day of the Thompson assizes, 35 of 41 Aboriginal people called to serve on three juries were rejected through peremptory challenges and stand-asides. “In one case, the Crown rejected 16 Aboriginal jurors; in another, the defence rejected two and the Crown rejected 10; in the third and final case, the defence accepted all the proposed Aboriginal jurors, while the Crown rejected nine. Two jurors were rejected twice.” [Footnotes omitted; para. 155.]

[23] Allegations that a party has used peremptory challenges in a discriminatory manner have appeared before the courts in recent decades, with mixed results. For instance, in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), the court ordered a new trial because the prosecutor admitted to using peremptory

avaient un effet troublant, soit celui d’exclure leurs membres des jurys. En 1991, la Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People du Manitoba avait relevé que [TRADUCTION] « tant les poursuivants que les avocats de la défense se sont servi de leurs récusations péremptoires et des mises à l’écart pour exclure les Autochtones du système de jury » (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 382). Quand l’honorable Frank Iacobucci a examiné le problème de la sous-représentation des Autochtones dans les listes provinciales de jurés en Ontario, il a constaté que l’existence des récusations péremptoires ébranlait même les tentatives les plus prometteuses faites par la province pour assurer la représentation des peuples autochtones sur les listes de jurés (*La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l’examen indépendant mené par l’honorable Frank Iacobucci* (2013), par. 376). Le Rapport Iacobucci citait des exemples particulièrement flagrants de recours aux récusations péremptoires pour exclure des jurés autochtones :

Les exemples présentés pour appuyer cet argument sont convaincants. Le jury formé à Le Pas pour rendre un verdict dans l’affaire de Helen Betty Osborne n’incluait pas une seule personne autochtone, en dépit du fait que le procès avait lieu dans une région du Manitoba où plus de 50 % de la population est autochtone. Les six candidats-jurés autochtones proposés ont tous fait l’objet d’une récusation péremptoire de la part de la défense. Pareillement, en une seule journée d’assises criminelles à Thompson, 35 des 41 personnes autochtones appelées à exercer les fonctions de jurés au sein de trois jurys ont été rejetées moyennant des mises à l’écart et des récusations péremptoires. « Dans un cas, la poursuite a rejeté 16 jurés autochtones; dans un autre, la défense en a rejeté deux et la poursuite 10; dans un troisième et dernier, la défense a accepté tous les jurés autochtones proposés, mais la poursuite en a rejeté neuf. Deux jurés ont été écartés deux fois ». [Notes en bas de page omises; par. 155.]

[23] Au cours des dernières décennies, les tribunaux ont été saisis à plusieurs reprises de cas où il était reproché à l’une des parties d’avoir recouru à des récusations péremptoires d’une manière discriminatoire, mais les résultats ont été mitigés. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.),

challenges and stand asides to achieve a jury composed only of women to try the male accused of sexual assault. Beyond that case, in which the prosecutor gave a “candid statement of his purpose” (at p. 784), courts have been unwilling to remedy the discriminatory use of peremptory challenges in the absence of a clear evidentiary record establishing that a party systematically excluded any given subset of the population from the jury (see *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.); *R. v. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. v. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (Gen. Div.))). Based on this case law, one commentator has concluded that Canadian courts have simply “been unable to control the discriminatory use of peremptory challenges” (K. Roach, “The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271). Attempts by U.S. courts to supervise peremptory challenges have faced similar difficulties (see K. J. Melilli, “*Batson* in Practice: What We Have Learned About *Batson* and Peremptory Challenges” (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447, at pp 460-64; K. Taylor-Thompson, “Empty Votes in Jury Deliberations” (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261, at p. 1262; H. Weddell, “A Jury of Whose Peers?: Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures” (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453, at pp. 484-85).

[24] In sum, while acknowledging the subjective benefit of peremptory challenges to accused persons, courts and commentators have rightly pointed out that public confidence in the administration of justice suffers when the parties use their challenges to exclude any subset of the population, or when they appear to do so. This abuse has largely escaped judicial oversight and undermines efforts by the provinces to compile representative rosters from which potential jurors are summoned to courthouses for jury duty, as acknowledged by the Iacobucci Report.

la cour a ordonné la tenue d’un nouveau procès parce que le poursuivant avait admis avoir recouru à des récusations péremptoires et à des mises à l’écart pour obtenir un jury composé uniquement de femmes dans le procès d’un homme accusé d’agression sexuelle. Au-delà de ce précédent, dans lequel le poursuivant avait [TRADUCTION] « admis franchement son intention » (p. 784), les tribunaux n’ont pas voulu remédier au recours discriminatoire aux récusations péremptoires en l’absence d’une preuve tangible montrant que l’une des parties a systématiquement exclu du jury un sous-ensemble donné de la population (voir *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.); *R. c. Cornell*, 2017 YKCA 12, 353 C.C.C. (3d) 431; *Gardner c. R.*, 2019 QCCA 726; *R. c. Amos*, 2007 ONCA 672, 161 C.R.R. (2d) 363; *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (div. gén.))). Se fondant sur cette jurisprudence, un commentateur a conclu que les tribunaux canadiens ont tout simplement [TRADUCTION] « été incapables d’enrayer le recours discriminatoire aux récusations péremptoires » (K. Roach, « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colten Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271). Les tentatives de tribunaux des États-Unis de superviser les récusations péremptoires se sont heurtées à des difficultés similaires (voir K. J. Melilli, « *Batson* in Practice : What We Have Learned About *Batson* and Peremptory Challenges » (1996), 71 *Notre Dame L. Rev.* 447, p. 460-464; K. Taylor-Thompson, « Empty Votes in Jury Deliberations » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1261, p. 1262; H. Weddell, « A Jury of Whose Peers? : Eliminating Racial Discrimination in Jury Selection Procedures » (2013), 33 *B.C. J.L. & Soc. Just.* 453, p. 484-485).

[24] En résumé, tout en reconnaissant l’avantage subjectif des récusations péremptoires pour l’accusé, les tribunaux et les commentateurs ont souligné à juste titre que la confiance du public envers l’administration de la justice est ébranlée quand les parties se servent de leurs récusations pour exclure un sous-ensemble de la population, ou quand elles semblent le faire. Comme le constatait le Rapport Iacobucci, cet abus a largement échappé à la surveillance judiciaire et mine les efforts consentis par les provinces pour établir des listes représentatives à partir desquelles des personnes sont convoquées pour agir comme jurés devant les tribunaux.

C. The Abolition of Peremptory Challenges

[25] Faced with mounting criticisms about the use and value of peremptory challenges, Parliament chose to act. A number of entities and individuals, many of whom have intervened in this appeal, variously urged Parliament to abolish peremptory challenges, to leave them unchanged, or to regulate them. These policy alternatives are represented in various reports that have considered peremptory challenges over the years. For example, the 1991 Manitoba Public Inquiry recommended an outright abolition, while the Iacobucci Report recommended an amendment to the *Criminal Code* that would prevent the use of peremptory challenges to discriminate against First Nations people serving on juries, potentially through judicial supervision.

[26] Parliament chose outright abolition. When the Minister of Justice introduced the legislation that would ultimately do away with peremptory challenges (Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019), she emphasized that the bill sought to address discrimination in the jury selection regime:

Reforms in this area are long overdue. Peremptory challenges give the accused and the [C]rown the ability to exclude jurors without providing a reason. In practice, this can and has led to their use in a discriminatory manner to ensure a jury of a particular composition.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

[27] In crafting the new legislation, Parliament bolstered the role of the trial judge in supervising the jury selection process. First, Bill C-75 relies on the trial judge to adjudicate challenges for cause, while the previous legislation relied on lay triers. Second, Bill C-75 enhances the power of trial judges to stand aside jurors pursuant to s. 633 of the *Criminal Code*.

C. L'abolition des récusations péremptoires

[25] Devant la montée des critiques portant sur l'utilisation et le mérite des récusations péremptoires, le Parlement a décidé d'agir. Plusieurs organisations et particuliers, dont un bon nombre sont intervenues dans le présent pourvoi, ont, chacune à sa façon, appelé le Parlement à abolir les récusations péremptoires, à les maintenir en l'état ou à les encadrer. Ces options de politiques sont exposées dans divers rapports qui ont traité des récusations péremptoires au fil des ans. Par exemple, la Manitoba Public Inquiry de 1991 a recommandé leur abolition pure et simple, tandis que le Rapport Iacobucci a recommandé une modification du *Code criminel* qui empêcherait — possiblement grâce à la supervision exercée par les tribunaux — le recours aux récusations péremptoires dans le dessein d'exclure des jurys les membres des Premières Nations.

[26] Le Parlement a choisi l'abolition pure et simple. Quand la ministre de la Justice a déposé le projet de loi qui allait en définitive mettre un terme aux récusations péremptoires (Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2019), elle a souligné que le projet de loi visait à corriger la discrimination dans le régime de sélection des jurés :

Des réformes dans ce domaine sont attendues depuis trop longtemps. Les récusations péremptoires donnent au prévenu et à la Couronne la capacité d'exclure un juré sans avoir à se justifier. Dans la pratique, cela peut être utilisé de façon discriminatoire afin d'en arriver à une composition particulière du jury, et cela s'est fait.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 300, 1^e sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19605)

[27] Dans le nouveau texte législatif, le Parlement a accru le pouvoir de surveillance du juge du procès dans le cadre de la sélection des jurés. Premièrement, le projet de loi C-75 s'en remet à lui pour arbitrer les récusations motivées, alors que le texte antérieur confiait ce rôle à des profanes. Deuxièmement, le projet de loi C-75 accroît le pouvoir du juge du

While trial judges could previously stand aside prospective jurors “for reasons of personal hardship or any other reasonable cause”, the amended provision also allows trial judges to stand aside jurors in order to “maintai[n] public confidence in the administration of justice”. The Justice Minister explained that these amendments aimed to promote “fairness and transparency” in the jury selection process (*House of Commons Debates*, at p. 19605). She also stated that the amended stand-aside power would enable judges to “make room for a more diverse jury”.

[28] During committee proceedings, Parliament considered submissions both supporting and opposing the proposed reforms. Legislators ultimately decided that the abolition of peremptory challenges would promote fairness in the jury selection process, due in part to the enhancement of the trial judge’s stand-aside power.

III. Analysis

[29] We now turn to the merits of this appeal. We begin with Mr. Chouhan’s cross-appeal challenging the constitutionality of the amendments before addressing the Crown’s appeal on the temporal scope of the legislation.

A. *The Constitutional Issues*

[30] Before this Court, Mr. Chouhan submits that the *Criminal Code* amendments infringe his rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

(1) Section 11(d): The Right to an Independent and Impartial Tribunal

[31] Whenever Parliament alters some aspect of the jury selection regime, it must ensure that the new jury selection process continues to guarantee the right of each accused to a fair trial before an independent

procès de mettre des jurés à l’écart, comme le prévoit l’art. 633 du *Code criminel*. Auparavant, le juge du procès pouvait mettre des candidats jurés à l’écart « pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux pour le juré », et la disposition modifiée lui permet en outre d’ordonner la mise à l’écart d’un juré afin de « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice ». La ministre de la Justice a expliqué que ces modifications visaient à apporter « plus d’équité et de transparence » au processus de sélection des jurés (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605). Elle a aussi affirmé que le pouvoir modifié d’exercer des mises à l’écart permettrait aux juges « d’obtenir un jury plus diversifié ».

[28] Durant les délibérations du comité, le Parlement a passé en revue des interventions qui appuyaient les réformes proposées, ainsi que d’autres qui y étaient opposées. Les parlementaires ont ultimement décidé que l’abolition des récusations péremptoires favoriserait l’équité dans le processus de sélection des jurés, notamment en raison du pouvoir accru du juge du procès de mettre des jurés à l’écart.

III. Analyse

[29] Nous examinerons maintenant le pourvoi au fond. Nous commencerons par le pourvoi incident par lequel M. Chouhan conteste la constitutionnalité des modifications, après quoi nous examinerons le pourvoi de la Couronne relatif à la portée temporelle des modifications.

A. *Les questions constitutionnelles*

[30] Devant la Cour, M. Chouhan soutient que les modifications apportées au *Code criminel* portent atteinte aux droits qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

(1) Alinéa 11d) : le droit à un tribunal indépendant et impartial

[31] Chaque fois que le Parlement modifie un aspect du régime de sélection des jurés, il doit veiller à ce que le nouveau régime continue de protéger le droit garanti à tout accusé par l’al. 11d) de la *Charte*

and impartial jury, as promised by s. 11(d) of the *Charter*. But s. 11(d) does not entitle the accused to any particular procedure. The question is not whether a new process chosen by Parliament is less advantageous to the accused (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 47; *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77, at para. 14). Rather, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would consider that the new jury selection process gives rise to a reasonable apprehension of bias so as to deprive accused persons of a fair trial before an independent and impartial tribunal (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111, and 147; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at para. 49).

[32] While the focus of the Court's attention in this case is necessarily on the abolition of peremptory challenges, we are asked to consider the constitutionality of the jury selection process as a whole, including those aspects of it that survived Bill C-75 and those that Parliament modified in tandem with the abolition of peremptory challenges. In our view, the jury selection regime since Parliament enacted Bill C-75 continues to provide the independent and impartial jury that each accused is owed under s. 11(d) of the *Charter*.

[33] Both the trial judge and the Court of Appeal properly acknowledged that the features of the jury selection regime that survived the Bill C-75 amendments go far to ensure that juries are both independent and impartial. Those protections begin long before the day on which the accused appears in court to select the jury. Provincial authorities are constantly at work, compiling a representative jury roll of eligible jurors, as part of a process that provides a fair opportunity for a broad cross-section of society to serve as a juror (*Kokopenace*, at para. 61).

[34] When prospective jurors are randomly selected from the roll and invited to appear for jury

à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. L'alinéa 11d) ne donne toutefois pas à l'accusé le droit à une procédure particulière. La question n'est pas de savoir si le nouveau processus retenu par le Parlement est moins avantageux pour l'accusé (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 47; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77, par. 14). Elle est plutôt de savoir si une personne raisonnable, bien informée des circonstances, estimerait que le nouveau processus de sélection des jurés donne lieu à une crainte raisonnable de partialité au point de priver l'accusé d'un procès équitable tenu devant un tribunal indépendant et impartial (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111 et 147; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, par. 49).

[32] Bien que l'attention de la Cour en l'espèce porte nécessairement sur l'abolition des récusations péremptoires, il nous est demandé d'examiner la constitutionnalité du processus de sélection des jurés dans son ensemble, y compris des aspects de ce processus qui ont survécu au projet de loi C-75 et de ceux que le Parlement a modifiés en même temps qu'il a aboli les récusations péremptoires. Nous sommes d'avis que le régime de sélection des jurés qui s'applique depuis que le Parlement a adopté le projet de loi C-75 continue de garantir la formation du jury indépendant et impartial auquel chaque accusé a droit aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*.

[33] Tant le juge du procès que la Cour d'appel ont reconnu, avec raison, que les aspects du régime de sélection des jurés qui ont survécu aux modifications apportées par le projet de loi C-75 contribuent grandement à garantir à la fois l'indépendance et l'impartialité des jurys. Ces protections commencent bien avant que l'accusé ne compare en salle d'audience pour sélectionner les jurés. Les autorités provinciales sont constamment à l'œuvre pour dresser une liste représentative de jurés admissibles, dans le cadre d'un processus offrant à un large échantillon de la société une possibilité honnête d'exercer la fonction de juré (*Kokopenace*, par. 61).

[34] Quand des candidats jurés sont choisis de manière aléatoire à partir de la liste et sont invités à

duty, their names are again randomly drawn from among a collection of cards “thoroughly shaken together” in order to serve on the jury that will ultimately try the accused (*Criminal Code*, s. 631(1) and (2)). The randomness of these processes bolsters the independence and impartiality of the jury (*Sherratt*, at pp. 520 and 525).

[35] As prospective jurors are drawn one by one in court, the *Criminal Code* provides for robust participation by both the trial judge and the parties in ensuring the impartiality of those who ultimately serve on the jury, even in the absence of peremptory challenges. In this regard, the Court of Appeal rightly emphasized the continued availability of an unlimited number of challenges for cause under s. 638(1)(b), which allow the accused to request the removal of a juror on the basis that the juror “is not impartial” after limited questioning. The Court of Appeal noted, too, that s. 632(c) permits trial judges to excuse jurors for reasons of “personal hardship or any other reasonable cause that, in the opinion of the judge, warrants that the juror be excused”. While the power to excuse jurors is not a substitute for a challenge for cause (*Sherratt*, at pp. 533-34), trial judges routinely excuse jurors at the outset of jury selection for a number of reasons. For instance, jurors who would find it “too difficult” to serve given the nature of the offences at issue in the trial are often excused (see *R. v. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 443), as are jurors who are “obviously partial” because they know a party in the trial or a witness who will testify (*R. v. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464 (C.A.), at pp. 292-93; *Barrow*, at p. 709).

[36] These procedures are important. They provide a mechanism for removing jurors whose impartiality is or may be in question, for any number of reasons, including that the jurors are unable to set aside a racial or other bias against the accused or complainant or they feel unable to sit through a trial involving the crimes at issue. In so doing, the procedures collectively ensure that each accused receives a fair trial before an independent and impartial jury, as required

se présenter pour exercer cette fonction, leurs noms sont de nouveau tirés au sort parmi ceux inscrits sur des cartes « mêlées complètement ensemble » pour faire partie du jury qui, en définitive, jugera l’accusé (*Code criminel*, par. 631(1) et (2)). Le caractère aléatoire de ce processus favorise l’indépendance et l’impartialité du jury (*Sherratt*, p. 520 et 525).

[35] Comme les futurs jurés sont tirés au sort un à un devant le tribunal, le *Code criminel* garantit une réelle participation, tant du juge du procès que des parties, pour garantir l’impartialité de ceux qui feront ultimement partie du jury, même en l’absence de récusations péremptoires. Sur ce point, la Cour d’appel a eu raison de mettre l’accent sur le maintien d’un nombre illimité de récusations motivées prévu à l’al. 638(1)b), qui permettent à l’accusé de demander le retrait d’un juré au motif que celui-ci [TRADUCTION] « n’est pas impartial », après lui avoir posé quelques questions. La Cour d’appel a aussi relevé que l’al. 632c) permet au juge du procès de dispenser un juré pour « toute raison valable qu’il considère comme acceptable, y compris un inconvénient personnel sérieux pour le juré ». Le pouvoir de dispenser ainsi un juré ne remplace pas une récusation motivée (*Sherratt*, p. 533-534), mais il est courant que le juge du procès dispense des jurés, pour diverses raisons, dès le début de la sélection du jury. Par exemple, les jurés qui estimerait [TRADUCTION] « trop difficile » d’exercer cette fonction compte tenu de la nature des infractions en cause dans le procès sont souvent dispensés (voir *R. c. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 443), tout comme ceux qui sont [TRADUCTION] « à l’évidence partiaux » parce qu’ils connaissent une des parties ou une personne qui témoignera (*R. c. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464 (C.A.), p. 292-293; *Barrow*, p. 709).

[36] Ces procédures ont leur importance. Elles constituent un mécanisme permettant d’exclure les jurés dont l’impartialité est ou pourrait être discutable, pour différentes raisons, notamment parce qu’ils seraient incapables de se départir d’un préjugé racial ou autre à l’égard de l’accusé ou du plaignant, ou parce qu’ils se sentent incapables d’assister à un procès où sera jugé les crimes en cause. Ainsi, considérées dans leur ensemble, les procédures

by s. 11(d) of the *Charter*. The abolition of peremptory challenges does not infringe this right.

[37] Nevertheless, we acknowledge that the abolition of peremptory challenges comes at a time of heightened public awareness of the role of racial prejudice in the criminal justice system. It is in these circumstances that the interveners before this Court spoke of the impact that the abolition of peremptory challenges would have on the diversity of the jury, and on the public's confidence in the integrity of its deliberations. Despite differences in their ultimate stance on peremptory challenges, each intervener came before this Court to advance the same core submission: diversity is fundamental to achieving a jury that is impartial to the accused and free from discrimination toward jurors and victims.

[38] As a constitutional matter, the jurisprudence has consistently declined to interpret the imperatives of jury representativeness and impartiality as requiring diversity among members of the jury (see *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, per McLachlin J. (as she then was); *Kokopenace*, at para. 42; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.), at para. 22; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at pp. 517-18). Nor has the concept of impartiality ever rested on the accused's subjective confidence in each individual juror or on jurors sharing an aspect of their identity — including visible and non-visible characteristics — with the accused or victim (*Gayle*, at p. 38; *Biddle*, at para. 60, per McLachlin J. (as she then was)).

[39] To the extent our colleagues Abella and Côté JJ. maintain that the fair trial rights of an accused depend on the subjective perceptions of the accused (see Abella J.'s reasons, at paras. 205-6; Côté J.'s reasons, at paras. 310-11), we respectfully disagree. Each cites cases in which this Court has considered trial fairness from the perspective of the accused, but all of those cases explain that fairness also depends

garantissent que chaque accusé subit un procès équitable devant un jury indépendant et impartial, comme l'exige l'al. 11d) de la *Charte*. L'abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte à ce droit.

[37] Néanmoins, nous reconnaissons que l'abolition des récusations péremptoires survient à un moment où la population est plus consciente de l'influence des préjugés raciaux dans le système de justice criminelle. C'est dans ce contexte que les intervenants devant la Cour ont évoqué les effets qu'aurait l'abolition des récusations péremptoires sur la diversité du jury, ainsi que sur la confiance du public envers l'intégrité de ses délibérations. En dépit de divergences entre leurs positions respectives ultimes sur les récusations péremptoires, tous les intervenants se sont présentés devant la Cour pour défendre le même principe de base : soit que la diversité est essentielle si l'on veut obtenir un jury qui est impartial envers l'accusé et exempt de discrimination envers les jurés et les victimes.

[38] Au plan constitutionnel, les tribunaux ont toujours refusé de voir dans les impératifs de représentativité et d'impartialité des jurys une obligation de veiller à ce que leurs membres proviennent d'horizons différents (voir *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58, la juge McLachlin (plus tard juge en chef); *Kokopenace*, par. 42; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), par. 22; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), p. 517-518). La notion d'impartialité n'a jamais non plus reposé sur la confiance subjective de l'accusé dans le fait que chacun des jurés partage un aspect de son identité — dont une caractéristique visible ou non visible — avec l'accusé ou la victime (*Gayle*, p. 38; *Biddle*, par. 60, la juge McLachlin (plus tard juge en chef)).

[39] Dans la mesure où nos collègues les juges Abella et Côté soutiennent que le droit d'un accusé à un procès équitable dépend de ses perceptions subjectives (voir les motifs de la juge Abella, par. 205-206; les motifs de la juge Côté, par. 310-311), nous ne sommes pas d'accord. Elles citent toutes les deux des arrêts dans lesquels la Cour s'est penchée sur la notion de procès équitable du point

on the perspectives of the Crown and the broader community. In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, for instance, the accused undoubtedly saw it as unfair to be prosecuted on the basis of statements she gave in the United States that would have been excluded under the *Charter* had they been given in Canada. But her subjective perception of unfairness yielded to the objective view that, when she entered the U.S., she attorned to that country's laws which are "generally considered to be fair by standards in the free and democratic world" (para. 52). Conversely, in *Barrow*, it was unfair for the trial judge to have private, hushed conversations with prospective jurors concerning their requests to be excused on the basis of partiality — not just because the accused saw the secret procedure as unfair, but because any objective view of that procedure deprived the parties and the community of "the right to know that the jury is as impartial as is humanly possible" (para. 47). Likewise, in *Bain*, the Crown's exclusive power to stand aside an unlimited number of jurors rendered the trial unfair, not because the accused thought so, but because the "pervasive air of unfairness" of the stand asides would be apparent to "a reasonable person" (pp. 101 and 103). Contrary to the views of our colleagues, these cases demonstrate that the subjective perceptions of the accused alone have never driven the *Charter* analysis under s. 11(d).

[40] Respectfully, we cannot endorse a view of jury selection which measures a juror's impartiality by whether that juror shares a characteristic of their identity with the accused or the victim. We also observe that absolute diversity on a jury is unattainable, as no group of 12 could ever represent the "innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society" (*Kokopenace*, at para. 43; see also *Biddle*, at para. 58, per McLachlin J.).

de vue de l'accusé, mais tous ces arrêts expliquent que l'équité dépend également des perspectives de la Couronne et de la communauté au sens large. Dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par exemple, l'accusée considèrerait assurément qu'il était inéquitable qu'elle soit poursuivie sur le fondement de déclarations qu'elle avait faites aux États-Unis et qui auraient été exclues en application de la *Charte* si elle les avait faites au Canada. Or, sa perception subjective d'iniquité a été supplantée par le point de vue objectif selon lequel, lorsqu'elle est entrée aux États-Unis, elle s'est soumise aux lois de ce pays qui sont « généralement considérées comme justes selon les normes du monde libre et démocratique » (par. 52). Inversement, dans l'arrêt *Barrow*, il a été jugé inéquitable que le juge du procès ait des conversations privées, à voix basse, avec des candidats jurés relativement à leur demande d'être dispensés pour cause de partialité — non pas uniquement parce que l'accusé était d'avis que la procédure secrète était inéquitable, mais également parce que tout regard objectif mènerait à conclure que ce processus prive les parties et la communauté du « droit de savoir que le jury est aussi impartial qu'il est humainement possible de l'être » (par. 47). De même, dans l'affaire *Bain*, le pouvoir exclusif de la Couronne de mettre à l'écart un nombre illimité de jurés a rendu le procès inéquitable, non pas parce que l'accusé l'a jugé tel, mais parce qu'une « personne raisonnable » ressentirait à l'égard des mises à l'écart une « impression profonde d'injustice » (p. 101 et 103). Contrairement à ce qu'affirment nos collègues, ces causes illustrent que les perceptions subjectives de l'accusé à elles seules n'ont jamais motivé l'analyse de la *Charte* en ce qui a trait à l'al. 11d).

[40] Avec égards, nous ne pouvons souscrire à une vision du processus de sélection des jurés qui mesure l'impartialité d'un juré en fonction du fait qu'il partage ou non une caractéristique identitaire avec l'accusé ou la victime. Nous observons aussi que l'absolue diversité au sein d'un jury est illusoire, puisqu'aucun groupe de 12 personnes ne pourra jamais représenter « les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle » (*Kokopenace*, par. 43; voir aussi *Biddle*, par. 58, la juge McLachlin).

[41] In any event, the abolition of peremptory challenges will go far to minimizing the occurrence of homogenous juries. The in-court jury selection process, and in particular the peremptory challenge, has long undermined the provincial governments' efforts to compile jury rosters that bring together a "representative cross-section of society, honestly and fairly chosen" (*Sherratt*, at p. 524; see also *Kokopenace*, at paras. 39-40). An example of this is presented by the trial which prompted Parliament to abolish peremptory challenges — the trial of Gerald Stanley, who was charged with the murder of Colten Boushie, a young Indigenous man. During the jury selection process, Mr. Stanley used peremptory challenges to exclude five Indigenous prospective jurors from the jury. Absent peremptory challenges, that trial almost certainly would have had a more racially diverse jury, since Mr. Stanley could not have objected peremptorily to the five Indigenous persons who were drawn from the jury panel.

[42] On this point, the Iacobucci Report is instructive. By way of explanation, it made extensive recommendations for improving Indigenous representation on jury rolls in Ontario. For example, the province could draw the names of eligible jurors from comprehensive databases such as those kept by the ministries of health and transportation; it could simplify the language on jury questionnaires; it could provide opportunities for citizens to volunteer to serve as jurors; and it could provide translation services to jurors at trial. But the Report also spoke of the potential deleterious impact of peremptory challenges on such efforts, concluding that even if *every recommendation* were "implemented to its fullest", Indigenous representation on juries "could still be significantly undermined through discriminatory use of peremptory challenges" (para. 376).

[43] It follows, then, that Parliament, in abolishing peremptory challenges, sought to give greater effect to provincial initiatives to increase jury

[41] Quoi qu'il en soit, l'abolition des récusations péremptoires contribuera grandement à minimiser la survenance de jurys homogènes. Le processus de sélection des jurés en salle d'audience, et en particulier la récusation péremptoire, a longtemps miné les mesures prises par les gouvernements provinciaux pour établir des listes de jurés aptes à produire un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524; voir aussi *Kokopenace*, par. 39-40). À titre d'exemple, nous songeons au procès qui a conduit le Parlement à abolir les récusations péremptoires — le procès de Gerald Stanley, qui était accusé du meurtre de Colten Boushie, un jeune Autochtone. Durant le processus de sélection des jurés, M. Stanley avait recouru à des récusations péremptoires pour écarter du jury cinq candidats jurés autochtones. En l'absence de récusations péremptoires, ce procès se serait presque certainement déroulé devant un jury plus diversifié sur le plan racial, puisque M. Stanley n'aurait pas pu user de ces récusations pour écarter les cinq personnes autochtones qui avaient été tirées au sort parmi le tableau des jurés.

[42] Sur ce point, le Rapport Iacobucci est instructif. À titre d'explication, il contenait des recommandations détaillées pour améliorer la représentation autochtone dans les listes de jurés en Ontario. Par exemple, la province pourrait tirer au sort les noms de jurés admissibles à partir de bases de données complètes, telles celles que conservent les ministères de la Santé et des Transports; elle pourrait simplifier le libellé des questionnaires soumis aux jurés; elle pourrait donner la possibilité aux citoyens de se porter volontaire pour siéger comme jurés; et elle pourrait fournir des services de traduction aux jurés durant le procès. Mais le Rapport évoquait aussi les possibles répercussions préjudiciables des récusations péremptoires sur de telles mesures, concluant que, même si *tous les changements proposés* étaient « instaurés de façon intégrale », la représentation autochtone dans les jurys « pourrait malgré tout être sérieusement entravé[e] par un recours discriminatoire aux récusations péremptoires » (par. 376).

[43] Par conséquent, en abolissant les récusations péremptoires, le Parlement cherchait à amplifier l'effet des mesures prises par les provinces pour

representativeness, which in turn should enhance the diversity of jury composition. To that end, the provinces are free and even encouraged to act to increase the diversity of those who appear for jury duty, including by pursuing the measures identified in the Iacobucci Report (see also *Kokopenace*, at paras. 126-27). In all cases, however, the provinces' constitutional obligation requires them to make "reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected" (*Kokopenace*, at para. 61 (emphasis added)). As we will explain, it is these structural measures, and not the isolated discretionary decisions of trial judges, that should be relied upon to preserve and enhance the representativeness of juries in Canada, or to address any ill effects thereon arising from societal inequalities.

[44] We pause here to remark upon the analysis of our colleague, Abella J., as it relates to the constitutionality of the amendments abolishing peremptory challenges. While our colleague concludes that the amendments are constitutional, the substance of her reasons actually supports the opposite conclusion. This is borne out by the inestimable value she ascribes to peremptory challenges, treating them as an integral component of an accused person's right, under s. 11(d) of the *Charter*, to a fair trial by an independent and impartial jury. She says, for example:

Abolishing peremptory challenges, therefore, diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed in ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. It is hard to think of anything that has a more direct impact on an accused's fair trial rights than the perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury.

...

accroître la représentativité des jurys, laquelle à son tour devrait donner lieu à une composition plus diversifiée de ces derniers. À cette fin, les provinces sont libres, et même encouragées, à agir pour accroître la diversité de ceux qui se présentent pour occuper la fonction de juré, y compris en appliquant les mesures identifiées par le Rapport Iacobucci (voir aussi *Kokopenace*, par. 126-127). Cela dit, quoi qu'il en soit, les provinces ont l'obligation constitutionnelle de faire « des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de jurés aux personnes choisies au hasard » (*Kokopenace*, par. 61 (nous soulignons)). Comme nous l'expliquerons, c'est sur ces mesures structurelles, et non sur des décisions discrétionnaires isolées de juges du procès, qu'il faut s'appuyer pour maintenir et accroître la représentativité des jurys au Canada, ou pour remédier aux effets néfastes des inégalités sociales sur elle.

[44] Nous faisons une parenthèse ici pour formuler des remarques quant à l'analyse de notre collègue, la juge Abella, en ce qui a trait à la constitutionnalité des modifications abolissant les récusations péremptoires. Bien qu'elle conclue que ces modifications sont constitutionnelles, la teneur de ses motifs soutient en fait la conclusion opposée. Cela découle de la valeur inestimable qu'elle attribue aux récusations péremptoires, les traitant comme une composante intégrale du droit de l'accusé, protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Elle affirme par exemple :

L'abolition des récusations péremptoires a donc restreint le droit de l'accusé de participer utilement à la sélection du jury et d'influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé de participer à la sélection d'un jury impartial et représentatif, qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir quelque chose qui a une incidence plus directe sur le droit de l'accusé à un procès équitable que la perception qu'il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif.

...

Peremptory challenges were one of the core safeguards that ensured the impartiality of the jury. [Emphasis added; paras. 206 and 211.]

[45] Our colleague’s observations effectively, if not explicitly, state the conclusion that peremptory challenges cannot be abolished without infringing the s. 11(d) right of accused persons. We acknowledge that our colleague then seeks to cushion this by suggesting that the other Bill C-75 amendments — empowering trial judges to adjudicate challenges for cause and to stand aside prospective jurors for reasons of “maintaining public confidence in the administration of justice” — compensate for the lost ability of accused persons to veto prospective jurors, *so long as* these new powers are exercised “vigorously” by trial judges. In other words, the constitutionality of the scheme hinges on the exercise of discretion. We make no comment on whether the constitutionality of legislation could depend on how the discretion it confers is ultimately exercised. But, were this even possible, it would (on our colleague’s understanding) require the trial judge to exercise these new powers in a manner which restores the accused’s subjective perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury, thereby effectively giving accused persons the veto power that has been taken away from them.

[46] In our respectful view, our colleague has very much overstated the value of peremptory challenges. In doing so, she all but overlooks the substantial body of scholarly commentary which places considerable responsibility on peremptory challenges for undermining the diversity of juries. For instance, our colleague relies on an article by Professor Roach, who in fact advocates for the abolition of peremptory challenges. As Professor Roach concludes, “[e]quality cuts both ways” and the accused “does not have a Charter right to peremptory challenges or racist uses of them” (pp. 274-75 (emphasis added)).

Les récusations péremptoires étaient une des mesures de protection principales qui assuraient l’impartialité du jury. [Nous soulignons; par. 206 et 211.]

[45] Dans les faits, si ce n’est explicitement, les observations de notre collègue énoncent la conclusion que les récusations péremptoires ne peuvent être abolies sans qu’il soit porté atteinte au droit garanti à l’accusé par l’al. 11d). Nous reconnaissons que notre collègue tente ensuite d’atténuer cette affirmation en suggérant que les autres modifications apportées par le projet de loi C-75 — soit le fait de conférer au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et de mettre à l’écart des candidats jurés afin d’assurer « le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » — compensent pour la perte de capacité de l’accusé à opposer son veto aux candidats jurés, *tant que* ces nouveaux pouvoirs sont exercés « vigoureusement » par le juge du procès. Autrement dit, la constitutionnalité du régime reposerait sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si la constitutionnalité d’une loi peut dépendre de la façon dont un pouvoir discrétionnaire qu’elle confère est exercé en définitive. Cependant, en supposant que cela soit même possible, il faudrait (selon l’interprétation de notre collègue) que le juge du procès exerce ces nouveaux pouvoirs de manière à restaurer la perception subjective de l’accusé qu’il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif, conférant ainsi de fait à l’accusé le veto qui lui a été retiré.

[46] À notre avis, notre collègue a nettement exagéré la valeur des récusations péremptoires. Ce faisant, elle fait fi de l’abondante doctrine selon laquelle ces récusations sont en grande partie responsables d’avoir miné la diversité des jurys. Par exemple, notre collègue se fonde sur un article du professeur Roach qui plaide en fait pour l’abolition des récusations péremptoires. En effet, comme le professeur Roach le conclut, [TRADUCTION] « [l]’égalité va dans les deux sens » et l’accusé « n’a pas un droit reconnu par la *Charte* à des récusations péremptoires ou à celui d’en faire un usage raciste » (p. 274-275 (nous soulignons)).

[47] Finally, before proceeding to the s. 11(f) issue, and given the parties' and interveners' extensive submissions on these matters, we wish to highlight the opportunities that the parties in criminal trials have to raise and address concerns about juror partiality and bias. First, in appropriate cases, trial judges should consider crafting jury charges and mid-trial instructions that caution against the risk that bias, racial or otherwise, will taint the integrity of the jury's deliberations. Second, the challenge for cause provisions under s. 638 of the *Criminal Code* continue to provide a robust mechanism for accused persons to raise concerns about a potential juror's partiality. Third, the amended stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* further accounts for any gap that may have been left by the abolition of peremptory challenges. We discuss each of these in turn, but emphasize that, contrary to the views expressed by our colleague Martin J., our reasons on these matters do not constitute unnecessary *obiter dicta*. In light of our colleague Abella J.'s conclusion — echoing the submissions of many interveners — that the constitutionality of the abolition of peremptory challenges depends upon the trial judge's "vigorous exercise" of challenges for cause and the stand-aside power, we find it necessary to explain the limits of these powers. We must also respectfully emphasize, however, that, contrary to the views of Côté J. (para. 231), Mr. Chouhan's s. 11(d) rights were not prejudiced because his trial proceeded without the guidance we provide below.

(a) *Jury Instructions*

[48] Although our jury system depends on the impartiality of each juror, it does not demand that jurors be neutral. This Court explained the distinction between impartiality and neutrality in *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43:

[47] Finalement, avant de passer à la question de l'al. 11f), et compte tenu des observations détaillées des parties et des intervenants sur ces questions, nous voudrions mettre en lumière les occasions dont disposent les parties à un procès criminel de soulever et de dissiper des craintes quant à la partialité et aux partis pris des jurés. Premièrement, le cas échéant, le juge du procès devrait songer à élaborer des directives au jury et des directives de mi-procès qui mettent en garde contre le risque d'une atteinte à l'intégrité des délibérations du jury pour cause de partis pris, raciaux ou autres. Deuxièmement, l'art. 638 du *Code criminel*, qui concerne les récusations motivées, offre toujours à l'accusé une réelle possibilité d'émettre des doutes quant à la partialité d'un candidat juré. Troisièmement, le pouvoir modifié de mise à l'écart prévu à l'art. 633 du *Code criminel* permet par ailleurs de combler toute lacune qui a pu être créée par suite de l'abolition des récusations péremptoires. Nous examinerons tour à tour chacun de ces trois éléments, mais nous soulignons que, contrairement à l'opinion exprimée par notre collègue la juge Martin, nos motifs sur ces questions ne sont pas des remarques incidentes superflues. À la lumière de la conclusion de notre collègue la juge Abella — qui fait écho aux observations de nombreux intervenants — selon laquelle la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires dépend de l'« exerc[ice] vigoureux » des récusations motivées et du pouvoir de mise à l'écart par le juge du procès, nous estimons qu'il est nécessaire d'expliquer les limites de ces pouvoirs. Nous devons toutefois également souligner avec égards que, contrairement à l'opinion de la juge Côté (par. 231), il n'a pas été porté atteinte au droit de M. Chouhan protégé par l'al. 11d) du fait que son procès s'est déroulé sans le bénéfice des indications que nous fournissons dans la suite des présents motifs.

a) *Directives au jury*

[48] Notre système de jury repose sur l'impartialité de chaque juré, mais il n'exige pas des jurés qu'ils soient neutres. La Cour a expliqué la distinction à faire entre impartialité et neutralité dans l'arrêt *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43 :

Impartiality does not require that the juror's mind be a blank slate. Nor does it require jurors to jettison all opinions, beliefs, knowledge and other accumulations of life experience as they step into the jury box. Jurors are human beings, whose life experiences inform their deliberations.

But the life experiences that jurors may legitimately bring to their deliberations cannot interfere with their responsibility to approach the case with “an open mind, one that is free from bias, prejudice, or sympathy” (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 195).

[49] In our view, jury instructions have a critical role to play in ensuring that jurors approach their deliberations free from bias. Jury instructions can respond to a significant danger of biased reasoning, which is that many biases are unconscious: individuals often do not recognize they hold a particular bias and would likely, and honestly, deny having it if asked (M. L. Breger, “Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial” (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039, at p. 1044). And jurors must be made aware of their own unconscious biases if the influence of biased reasoning is to be eliminated (p. 1057; C. R. Lawrence III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism” (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317, at p. 331; F. E. Marouf, “Implicit Bias and Immigration Courts” (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417, at pp. 447-48; A. Su, “A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury” (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79, at p. 90). In appropriate cases, therefore, trial judges should consider providing the jury with instructions that will “expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface, thereby allowing all justice system participants to address them head-on — openly, honestly, and without fear” (*Barton*, at para. 197). Such instructions can add a measure of self-consciousness and introspection that fosters objectivity and fairness over the course of the jury's deliberations (Su, at p. 90).

L'impartialité n'exige pas que les jurés aient l'esprit vide ou qu'ils fassent abstraction de leurs opinions, croyances, connaissances et autre bagage d'expérience dès qu'ils prennent place sur le banc qui leur est réservé. Les jurés sont des êtres humains et leur vécu éclaire leurs délibérations.

Cela dit, les expériences personnelles que les jurés peuvent légitimement apporter à leurs délibérations ne peuvent entraver leur obligation d'examiner la cause avec « un esprit ouvert, où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé, ni aucune sympathie » (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 195).

[49] À notre avis, les directives au jury ont un rôle crucial à jouer pour faire en sorte que les jurés abordent leurs délibérations sans parti pris. Elles peuvent s'attaquer à un risque significatif de raisonnement biaisé, ce risque étant que de nombreux partis pris sont inconscients; en effet, souvent, une personne ne reconnaîtra pas avoir un parti pris donné et, si on le lui demande, elle niera probablement, et honnêtement, l'avoir (M. L. Breger, « Making the Invisible Visible : Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial » (2019), 53 *U. Rich. L. Rev.* 1039, p. 1044). Ainsi, les jurés doivent être informés et prendre conscience de leurs propres partis pris inconscients si l'on veut dissiper les effets d'un raisonnement biaisé (p. 1057; C. R. Lawrence III, « The Id, the Ego, and Equal Protection : Reckoning with Unconscious Racism » (1987), 39 *Stan. L. Rev.* 317, p. 331; F. E. Marouf, « Implicit Bias and Immigration Courts » (2011), 45 *New Eng. L. Rev.* 417, p. 447-448; A. Su, « A Proposal to Properly Address Implicit Bias in the Jury » (2020), 31 *Hastings Women's L.J.* 79, p. 90). Le cas échéant, le juge du procès devrait donc songer à donner au jury des directives qui puissent « mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés, permettant ainsi à tous les intervenants du système de justice de s'y attaquer de front — ouvertement, en toute honnêteté et sans crainte » (*Barton*, par. 197). De telles directives pourront ajouter une dose de conscience de soi et d'introspection qui favorisera l'objectivité et l'équité tout au long des délibérations du jury (Su, p. 90).

[50] Anti-bias instructions will be appropriate wherever “specific biases, prejudices, and stereotypes . . . may reasonably be expected to arise in the particular case” (*Barton*, at para. 203). This is not because of some freestanding notion or interpretive principle of “substantive equality”, as our colleague Martin J. suggests (at para. 110), but because impartiality is inherently attuned to the concept of bias. As our understanding of the nature of bias evolves, so will our understanding of what a trial judge must do to foster impartiality among members of the jury. Informed by recent case law and a modern understanding of impartiality, trial judges may therefore draw on their own professional experiences and good sense in deciding whether anti-bias instructions are required, and the submissions of counsel will be helpful in identifying appropriate cases for such instructions. The reality is that context matters: no trial “take[s] place in a historical, cultural, or social vacuum” (*Barton*, at para. 198). Participants in the justice system must remain vigilant in identifying and addressing the unconscious biases that might taint the integrity of jury deliberations.

[51] As to the content of anti-bias instructions, the basic principles that this Court enunciated in *Barton* bear repeating:

... there is no magic formula. In my view, trial judges should be given discretion to tailor the instruction to the particular circumstances, preferably after having consulted with the Crown and the defence . . .

...

With regard to trial fairness, it is worth emphasizing that any instruction given must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would instead be to identify specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury’s deliberative process in a fair, balanced way, without

[50] Il conviendra de formuler des directives de mise en garde chaque fois que cela sera nécessaire pour prévenir « les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée » (*Barton*, par. 203). Contrairement à ce que suggère notre collègue la juge Martin (par. 110), cela ne découle pas d’une notion indépendante ou du principe interprétatif d’« égalité réelle », mais du fait que l’impartialité est intrinsèquement liée à la notion de parti pris. Tout comme notre conception de ce que constitue un parti pris évolue, celle de ce qu’un juge du procès doit faire pour favoriser l’impartialité des membres du jury évoluera aussi. S’appuyant sur la jurisprudence récente et sur un concept moderne de l’impartialité, le juge du procès pourra donc puiser dans sa propre expérience professionnelle et faire preuve de bon sens pour décider de l’opportunité de formuler des directives contre les partis pris, et les observations des avocats lui seront utiles pour déterminer si un cas donné requiert de telles directives. Il se trouve que le contexte ne peut être ignoré : aucun procès « ne se tien[t] [. . .] en l’absence de tout contexte historique, culturel ou social » (*Barton*, par. 198). Les acteurs du système judiciaire doivent se montrer vigilants pour cerner et traiter les partis pris inconscients qui risquent de nuire à l’intégrité des délibérations du jury.

[51] Quant au contenu des directives mettant en garde contre les partis pris, il convient de rappeler ici les principes de base que la Cour a énoncés dans l’arrêt *Barton* :

... il n’y a pas de formule magique. À mon avis, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d’adapter la directive aux circonstances propres à l’espèce, de préférence après avoir consulté le ministère public et la défense . . .

...

En ce qui concerne l’équité du procès, il convient de souligner que toute directive donnée ne doit pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des

prejudicing the accused. [Emphasis added, paras. 201 and 203.]

[52] With these principles in mind, we suggest two types of jury instructions that can address the risk of bias in appropriate cases: (i) general instructions on biases and stereotypes; and (ii) instructions on specific biases and stereotypes that arise on the facts of the case.

(i) General Anti-Bias Instructions

[53] Where anti-bias instructions are required, they ought to come early, before the presentation of evidence, and at any other time that the trial judge deems appropriate, including when the panel of prospective jurors is assembled in the courtroom at the outset of jury selection. We suggest that trial judges begin by pointing out that as members of society, each juror brings a variety of beliefs, assumptions, and perceptions to the court room. These assumptions will often be based on characteristics such as gender, race, ethnicity, sexual orientation, or employment status. Trial judges ought to highlight that jurors may be aware of some of their biases while being unaware of others. These unconscious biases may be based on implicit attitudes, namely “feelings that one has about a particular group”, or stereotypes, namely “traits that one associates with a particular group” (A. Roberts, “(Re)forming the Jury: Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias” (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827, at p. 833).

[54] Trial judges should exhort jurors to approach their weighty task with a heavy dose of self-consciousness and introspection. Jurors must identify and set aside prejudices or stereotypes when considering the evidence of any given witness and when reaching a verdict (see, generally, G. A. Ferguson and M. R. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 1.02A-1 to 1.02A-7; M. K. Thompson, “Bias

jurés d’une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l’accusé. [Nous soulignons, par. 201 et 203.]

[52] Gardant ces principes à l’esprit, nous proposons deux types de directives au jury qui peuvent dissiper les risques de partis pris le cas échéant : (i) des directives générales sur les partis pris et les stéréotypes; et (ii) des directives sur les partis pris et stéréotypes particuliers que font apparaître les faits de l’affaire en cause.

(i) Directives générales de mise en garde contre les partis pris

[53] Lorsque des directives de mise en garde contre les partis pris sont de mise, elles doivent être formulées tôt, avant la présentation de la preuve, et à tout autre moment que le juge du procès croit opportun, y compris lorsque tous les candidats jurés du tableau sont réunis dans la salle d’audience avant que ne s’amorce la sélection des jurés. Nous préconisons que le juge du procès commence par faire observer que, en tant que membre de la société, chaque juré apporte dans la salle d’audience une diversité de convictions, d’idées préconçues et de perceptions. Ces idées préconçues sont souvent fondées sur des caractéristiques telles que le genre, la race, l’origine ethnique, l’orientation sexuelle, ou le statut professionnel. Le juge du procès devrait souligner que les jurés sont parfois conscients de certains de leurs partis pris sans avoir conscience des autres. Ces partis pris inconscients peuvent se fonder sur des attitudes implicites, à savoir [TRADUCTION] « les sentiments que nous inspire un groupe », ou sur des stéréotypes, à savoir « les caractéristiques que l’on associe à un groupe donné » (A. Roberts, « (Re)forming the Jury : Detection and Disinfection of Implicit Juror Bias » (2012), 44 *Conn. L. Rev.* 827, p. 833).

[54] Le juge du procès devrait exhorter les jurés à aborder leur lourde tâche avec une bonne dose de conscience de soi et d’introspection. Ils doivent s’efforcer de cerner et d’évacuer leurs préjugés ou stéréotypes au moment de considérer la déposition des témoins et de rendre un verdict (voir, de manière générale, G. A. Ferguson et M. R. Dambrot, *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1.02A-1 à 1.02A-7;

on Trial: Towards an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom” (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243, at pp. 1301-6).

[55] We offer these suggestions by way of example but stress that refinement will be necessary, in particular to meet the submissions by Crown and defence counsel in each individual case.

(ii) Instructions on Specific Biases and Stereotypes

[56] Any number of specific biases or stereotypes could arise in a given case. These biases or stereotypes may pose a significant challenge to the public interest in truth-finding that characterizes all criminal prosecutions in this country (Ferguson and Dambrot, at p. 1.02A-2; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 109; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577). When tailoring bias instructions to a specific trial, trial judges and counsel should consider the relevance of context and the harmful nature of stereotypical assumptions or myths.

[57] It is impossible to highlight every bias that could conceivably affect a jury trial. By way of example, this Court identified some specific biases that arose on the facts of *Barton*, which involved the killing of an Indigenous sex worker:

In a case like the present, the trial judge might consider explaining to the jury that Indigenous people in Canada — and in particular Indigenous women and girls — have been subjected to a long history of colonization and systemic racism, the effects of which continue to be felt. The trial judge might also dispel a number of troubling stereotypical assumptions about Indigenous women who perform sex work, including that such persons:

- are not entitled to the same protections the criminal justice system promises other Canadians;

M. K. Thompson, « Bias on Trial : Towards an Open Discussion of Racial Stereotypes in the Courtroom » (2018), 5 *Mich. St. L. Rev.* 1243, p. 1301-1306).

[55] Nous offrons ces recommandations à titre d’exemple, mais nous tenons à dire qu’elles devront être étoffées, notamment pour tenir compte des observations de la Couronne et de l’avocat de la défense dans chaque cas particulier.

(ii) Directives de mise en garde contre des partis pris et stéréotypes particuliers

[56] Un nombre indéfini de partis pris ou de stéréotypes particuliers pourraient surgir dans une cause donnée. Ces partis pris ou stéréotypes risquent de compromettre sérieusement l’intérêt du public à ce que soit découverte la vérité, finalité de toute poursuite criminelle engagée dans ce pays (Ferguson et Dambrot, p. 1.02A-2; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 109; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577). Pour adapter les directives de mise en garde contre les partis pris à un procès donné, le juge et les avocats devraient songer à la pertinence du contexte et à l’effet pernicieux des idées préconçues ainsi que des mythes fondés sur des stéréotypes.

[57] Il est impossible d’énumérer tous les partis pris qui pourraient faire dévier un procès avec jury. À titre d’exemple, la Cour a recensé certains partis pris particuliers qui ont émergé dans l’affaire *Barton* relative au meurtre d’une travailleuse du sexe autochtone :

Dans un cas comme celui qui nous occupe, le juge du procès pourrait songer à expliquer au jury que les Autochtones au Canada — et plus particulièrement les femmes et les filles autochtones — ont subi une longue période de colonisation et un racisme systémique dont les effets se font encore sentir. Le juge du procès pourrait également dissiper un certain nombre de suppositions stéréotypées troublantes concernant les femmes autochtones qui travaillent dans l’industrie du sexe, notamment celles selon lesquelles ces personnes :

- n’ont pas droit aux mêmes protections que celles qu’offre le système de justice pénale aux autres Canadiens;

- are not deserving of respect, humanity, and dignity;
- are sexual objects for male gratification;
- need not give consent to sexual activity and are “available for the taking”;
- assume the risk of any harm that befalls them because they engage in a dangerous form of work; and
- are less credible than other people. [para. 201]
- ne méritent pas d’être traitées avec respect, humanité et dignité;
- sont des objets sexuels destinés à procurer du plaisir aux hommes;
- n’ont pas besoin de donner leur consentement à l’activité sexuelle et que [TRADUCTION] « l’on a qu’à les prendre »;
- acceptent le risque qu’il puisse leur arriver quelque chose de mal parce qu’elles font un travail dangereux;
- sont moins crédibles que d’autres personnes. [par. 201]

This Court has also recognized other examples of impermissible myth-based reasoning in the context of sexual assault prosecutions (see *Seaboyer*, at p. 612; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 63; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 82 and 95, per L’Heureux-Dubé J., and at para. 103, per McLachlin J.).

[58] The trial judge must be alive to the particularities of each individual trial that might present the danger of a juror being influenced by unconscious bias. Recognizing that there is no “magic formula”, trial judges should identify the characteristics of the parties or the witnesses that give rise to the risk of unconscious bias, dispel common stereotypes, and direct the jurors to decide the case with an open mind based on the evidence before them (Ferguson and Dambrot, at p. 1.02A-7). The submissions of counsel will be integral to this process.

[59] Such instructions should not be taken as criticizing past or future jurors. They merely recognize that the benefit of human experience which the jury brings to the criminal process can also be tainted by prejudices and stereotypes. Indeed, this Court has recognized that “[w]hen jurors are sworn and empanelled, Canadian society tasks them with a weighty responsibility: deciding whether, on the evidence put before them, the accused is guilty or not. This task is not easy — it requires patience, judgment, and careful analysis” (*Barton*, at para. 195). These

La Cour a aussi relevé, dans des affaires d’agression sexuelle, d’autres exemples de raisonnements inacceptables fondés sur des mythes (voir *Seaboyer*, p. 612; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 63; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 82 et 95, la juge L’Heureux-Dubé, et par. 103, la juge McLachlin).

[58] Le juge du procès doit être attentif aux particularités du procès qui pourraient laisser craindre qu’un juré soit influencé par un parti pris inconscient. Reconnaissant qu’il n’existe pas de « formule magique », le juge du procès doit s’efforcer de déceler les singularités des parties ou des témoins de nature à faire craindre un parti pris inconscient, de dissiper les stéréotypes courants et d’enjoindre aux jurés de juger l’affaire avec un esprit ouvert, en s’appuyant sur la preuve qui leur aura été présentée (Ferguson et Dambrot, p. 1.02A-7). Les observations des avocats feront partie intégrante de ce processus.

[59] De telles directives ne doivent pas être vues comme une admonestation adressée à des jurés passés ou futurs. Elles reconnaissent simplement que la précieuse expérience humaine que le jury apporte à la procédure criminelle peut aussi être corrompue par des préjugés et des stéréotypes. La Cour a d’ailleurs reconnu que « [l]orsque les jurés sont assermentés et choisis pour constituer le jury, la société canadienne leur confie une lourde tâche : décider si, compte tenu de la preuve dont ils disposent, l’accusé est coupable ou non coupable. Il ne s’agit pas d’une tâche

instructions continue to emphasize the disposition of self-consciousness and introspection that jurors must maintain in discharging their duties.

(b) *The Challenge for Cause Procedure*

[60] Concerns about the impartiality of a given juror may be better addressed through the challenge for cause process than through the exercise of peremptory challenges (see Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (March 2018) (online); Roach; A. Page, “Batson’s Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge” (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155, at p. 262). Challenges for cause, unlike peremptory challenges, are unlimited. More importantly, they are not readily susceptible to abuse, as their focus is on transparency and openness, rather than hidden assumptions about a juror’s attitudes (C. Petersen, “Institutionalized Racism: The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process” (1993), 38 *McGill L.J.* 147, at p. 175).

[61] Accordingly, this case presents an opportunity to comment on the procedure for challenges for cause given our growing knowledge of the ways in which unconscious bias can affect the impartiality of a juror. This Court has “faced up to” the fact that racial prejudice and discrimination are present in society and must be directly addressed in the selection of jurors (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 1). We therefore acknowledge that a wide range of characteristics — not just race — can create a risk of prejudice and discrimination, and are the proper subject of questioning on a challenge for cause.

[62] While widespread bias cannot be presumed in all cases, the parties do not face an onerous burden for raising a challenge for cause. The accused person or the Crown must merely demonstrate a reasonable possibility that bias or prejudicial attitudes exist in

facile — elle exige de la patience, du jugement et une analyse minutieuse » (*Barton*, par. 195). Ces directives continuent de mettre en avant la conscience de soi et l’ introspection que les jurés doivent conserver en s’acquittant de leurs obligations.

b) *La procédure de récusation motivée*

[60] Les doutes sur l’impartialité d’un juré pourraient être mieux dissipés au moyen des récusations motivées qu’au moyen des récusations péremptoires (voir Canada, ministère de la Justice, « *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* » (mars 2018) (en ligne); Roach; A. Page, « Batson’s Blind-Spot : Unconscious Stereotyping and the Peremptory Challenge » (2005), 85 *B.U.L. Rev.* 155, p. 262). Les premières, contrairement aux secondes, sont illimitées. Mais surtout, elles ne se prêtent pas facilement à l’abus, puisqu’elles reposent sur la transparence et l’ouverture, plutôt que sur des idées occultes concernant les attitudes d’un juré (C. Petersen, « Institutionalized Racism : The Need for Reform of the Criminal Jury Selection Process » (1993), 38 *R.D. McGill* 147, p. 175).

[61] La présente cause offre donc une occasion de commenter la procédure des récusations motivées, compte tenu de nos connaissances croissantes quant aux façons dont les partis pris inconscients peuvent affecter l’impartialité d’un juré. La Cour « a dû se rendre à l’évidence » : les préjugés raciaux et la discrimination existent dans la société et il faut s’y attaquer directement lors de la sélection des jurés (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 1). Nous reconnaissons donc qu’un large éventail de caractéristiques — pas seulement la race — peuvent engendrer un risque de préjugé et de discrimination, et qu’elles constituent à juste titre l’objet du questionnement lors d’une récusation motivée.

[62] Bien que l’on ne puisse présumer de partis pris généralisés dans toutes les causes, les parties ne sont pas aux prises avec un lourd fardeau lorsqu’elles recourent à une récusation motivée. Il suffit que l’accusé ou la Couronne établisse la possibilité

the community, with respect to relevant characteristics of the accused or victim, and could taint the impartiality of the jurors. In most cases, expert evidence will not be necessary: challenges for cause must be available wherever the experience of the trial judge, in consultation with counsel, dictates that, in the case before them, a realistic potential for partiality arises. The trial judge necessarily enjoys significant discretion to determine how and under what circumstances the presumption of impartiality will be displaced, and how far the parties may go in the questions that are asked on a challenge for cause (*Spence*, at para. 24; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 55; *Find*, at para. 45).

[63] In our view, the challenge for cause procedure is itself a vehicle for promoting active self-consciousness and introspection that militate against unconscious biases. The prospective juror, who, when empanelled, steps into an adjudicative role must bring to bear a degree of impartiality similar to that of judges. Impartiality requires active and conscientious work. It is not a passive state or inherent personality trait. It requires jurors to be aware of their own personal beliefs and experiences, and to be “equally open to, and consid[er] the views of, all parties before them” (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 40). Given these principles, the questioning on a challenge for cause ought to be able to explore the juror’s willingness to identify unconscious bias and strive to cast it aside when serving on the jury (*Find*, at para. 40).

[64] Appropriate questions on a challenge for cause will ask prospective jurors for their opinion as it relates to salient aspects of the case. For instance, counsel may point to characteristics of the accused, complainant or victim, such as race, addiction, religion, occupation, sexual orientation or gender expression, and ask prospective jurors whether, in light of such characteristics, they would have difficulty judging the case solely on the evidence and the trial

raisonnable de l’existence d’un parti pris ou d’attitudes préjudiciables dans la collectivité, en ce qui concerne des caractéristiques pertinentes de l’accusé ou de la victime, et montre que ce parti pris ou ces attitudes risquent de compromettre l’impartialité des jurés. Dans la plupart des cas, il ne sera pas nécessaire de présenter une preuve d’expert : une récusation motivée doit pouvoir être exercée dès lors que l’expérience du juge du procès, éclairée par l’avis des avocats, dicte que, dans l’affaire dont ils sont saisis, il existe un risque réaliste de partialité. Le juge du procès dispose nécessairement d’un large pouvoir discrétionnaire pour dire comment et dans quelles circonstances la présomption d’impartialité est réfutée, et jusqu’où les parties peuvent aller dans les questions posées en cas de récusation motivée (*Spence*, par. 24; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 55; *Find*, par. 45).

[63] À notre avis, la procédure de récusation motivée est elle-même un moyen de promouvoir la conscience de soi et l’introspection qui permettent de neutraliser les partis pris inconscients. Une fois investi de sa mission, le candidat juré endosse un rôle décisionnel et se doit d’être aussi impartial qu’un juge. L’impartialité requiert un travail actif et consciencieux. Elle n’est pas un état passif ni une caractéristique individuelle innée. Elle oblige les jurés à être conscients de leurs propres croyances et expériences personnelles, et à « fai[re] preuve d’ouverture d’esprit à l’égard de toutes les parties au litige et [à] examin[er] leurs prétentions » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 40). Compte tenu de ces principes, les questions qui sont posées lors d’une récusation motivée devraient permettre d’explorer la volonté du juré de reconnaître un parti pris inconscient et de s’appliquer à l’évacuer lorsqu’il agit comme juré (*Find*, par. 40).

[64] Les questions qui peuvent être posées lors d’une récusation motivée sont celles qui aident à savoir ce que les candidats jurés pensent des principaux aspects de l’affaire. Par exemple, l’avocat peut signaler certaines caractéristiques de l’accusé, du plaignant ou de la victime, comme sa race, le fait qu’il est dépendant à l’alcool ou aux drogues, sa religion, sa profession, son orientation sexuelle ou son expression de genre, puis demander aux candidats

judge's instructions, because they hold an opinion about such characteristics that on careful reflection, they do not believe they could put aside. Before posing that question to jurors, trial judges ought to call each individual juror's attention to the possibility of unconscious bias and impartiality. It should be stressed that the mischief is not in acknowledging a difficulty setting aside unconscious bias, but in failing to acknowledge such a difficulty where one exists.

[65] The facts of *Barton* provide a useful example of background information that could prompt this kind of questioning.¹ There, the victim, as both an Indigenous woman and a sex worker, had characteristics and personal circumstances that gave rise to a risk of bias and discrimination in the minds of jurors. On that basis, the Crown could have requested a challenge for cause to alert the prospective jurors to the presence of these characteristics and circumstances, and to encourage active identification of personally held beliefs and opinions. In such or similar circumstances, before questioning individual jurors, the trial judge could consider providing an explanation of the process in the following terms:

The victim in this case was an Indigenous woman who was also a sex worker. Her death occurred while she was engaged in her work as a sex worker. As a prospective juror, you bring with you experiences, beliefs, and opinions, some of which may be unconscious. The issue before us today is not whether these beliefs are correct or proper, but whether you can set them aside and judge the evidence presented at trial fairly without bias, prejudice, or partiality. We will now ask you some questions about this issue. Think carefully before answering.

¹ We refer to this case based on the record that came before this Court on appeal, but we do not mandate any specific jury selection procedure on any retrial of Mr. Barton.

jurés si, compte tenu de ces caractéristiques, ils auraient de la difficulté à juger l'affaire uniquement en fonction de la preuve et des directives du juge du procès, parce qu'ils ont, sur lesdites caractéristiques, une opinion dont, réflexion faite, ils ne croient pas pouvoir faire abstraction. Avant que cette question soit posée aux jurés, le juge du procès doit attirer l'attention de chacun d'entre eux sur la possibilité de partis pris inconscients et d'impartialité. Il faut leur faire comprendre que le problème n'est pas l'admission d'une difficulté à mettre un parti pris inconscient de côté, mais le refus d'admettre une telle difficulté lorsqu'il en existe une.

[65] Les faits de l'affaire *Barton* offrent un exemple utile d'éléments généraux qui pourraient susciter ce genre de questions¹. Dans cette affaire, la victime, à la fois femme autochtone et travailleuse du sexe, présentait des caractéristiques et des circonstances personnelles qui posaient un risque de partis pris et de discrimination dans l'esprit des jurés. Sur ce fondement, la Couronne aurait pu demander une récusation motivée pour signaler aux candidats jurés l'existence de ces caractéristiques et circonstances ainsi que pour les encourager à faire résolument le point sur leurs convictions et opinions personnelles. Dans ces circonstances ou dans des circonstances similaires, avant de questionner chaque juré, le juge du procès pourrait envisager d'expliquer le processus dans les termes suivants :

La victime dans la cause était une femme autochtone qui était également travailleuse du sexe. Son décès est survenu pendant qu'elle travaillait à ce titre. En tant que candidat juré, vous apportez avec vous vos expériences, vos croyances et vos opinions, dont certaines peuvent être inconscientes. La question qui nous occupe aujourd'hui n'est pas celle de savoir si ces croyances sont exactes ou appropriées, mais plutôt de savoir si vous pouvez les mettre de côté et juger équitablement la preuve présentée durant le procès sans parti pris, préjugé ou partialité. Nous allons maintenant vous poser quelques questions sur le sujet. Réfléchissez bien avant de répondre.

¹ Nous faisons référence à cette cause en fonction du dossier qui a été présenté à la Cour en appel, mais nous n'ordonnons pas le recours à une procédure précise de sélection des jurés dans le contexte d'un nouveau procès que pourrait subir M. Barton.

[66] Our colleague Abella J. suggests that “[t]he new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions” and will necessitate “a more sophisticated manner of questioning” (paras. 160-61). While we agree that the *Parks* question was never intended to be *the only* question available on a challenge for cause (*R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.)), we caution that trial judges who permit questions beyond the *Parks* formulation must be mindful of the fundamental principle of respect for jurors’ privacy upon which our system of jury selection has “long been based” (*Kokopenace*, at para. 74, per Moldaver J.; at para. 155, per Karakatsanis J.; and at para. 227, per Cromwell J. (dissenting but not on this point)). The *Parks* question itself permits only limited incursions into juror privacy, and further developments in the challenge for cause process must continue to balance “the accused’s right to a fair trial by an impartial jury, while also protecting the privacy interests of prospective jurors” (*Williams*, at para. 53 (emphasis added); *Spence*, at para. 24; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30). It is for this reason that the jurisprudence has long resisted the temptation to move the Canadian law regarding juror privacy closer to that of the U.S. system. In concluding that it is “unclear that the [U.S.] system produces better juries than the Canadian system”, this Court has pointed to the high degree of protection of and respect for juror privacy, and our concern to prevent “abuse by counsel seeking to secure a favourable jury, or to indoctrinate jurors to their views of the case” (*Find*, at para. 27; see also, *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362). Any future developments should account for these precedents.

[67] We raise two final points regarding challenges for cause. First, Bill C-75 directs that the trial judge, rather than a layperson, will be the arbiter of the challenge for cause (*Criminal Code*, s. 640(1)). As such, in our view, it would be appropriate for the trial judge — as an impartial person adjudicating

[66] Notre collègue la juge Abella suggère que « [l]e nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscientes » et qu’il faudra « questionner [les candidats jurés] de manière plus sophistiquée » (par. 160-161). Bien que nous convenions que la question *Parks* n’a jamais été censée être *la seule* question qui puisse être posée dans le cadre d’une récusation motivée (*R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.)), nous faisons la mise en garde que le juge du procès qui autorise des questions allant au-delà de la formulation prescrite par l’arrêt *Parks* doit garder à l’esprit que notre système de sélection du jury est « fondé depuis longtemps » sur le principe fondamental du respect de la vie privée des jurés (*Kokopenace*, par. 74, le juge Moldaver; par. 155, la juge Karakatsanis; et par. 227, le juge Cromwell (dissident, mais non sur ce point)). La question *Parks* elle-même ne donne ouverture qu’à des incursions limitées dans la vie privée des jurés, et l’évolution à venir du processus de récusations motivées doit continuer à établir un équilibre entre « le droit de l’accusé à un procès équitable devant un jury impartial, [et celui] à la vie privée des candidats jurés » (*Williams*, par. 53 (nous soulignons); *Spence*, par. 24; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). C’est pourquoi la jurisprudence résiste depuis longtemps à la tentation de faire glisser le droit canadien eu égard à la vie privée des jurés vers le système américain. En concluant qu’il « n’est pas certain que le système américain produit de meilleurs jurys que le système canadien », la Cour a souligné le degré élevé de protection de la vie privée des jurés et de respect pour elle, et notre souci d’éviter les « abus de la part des avocats désireux d’obtenir un jury qui leur sera favorable ou de rallier les jurés à leur point de vue sur l’affaire » (*Find*, par. 27; voir aussi, *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362). Toute évolution future devrait tenir compte de ces précédents.

[67] Nous soulevons deux derniers points concernant les récusations motivées. Premièrement, le projet de loi C-75 dispose que c’est le juge du procès, plutôt qu’un profane, qui sera dorénavant l’arbitre des récusations motivées (*Code criminel*, par. 640(1)). Ainsi, d’après nous, il conviendrait de

impartiality — to put the challenge for cause questions to the prospective juror. Counsel should, of course, be consulted on the content of such questions before they are posed. Secondly, in trials involving challenges for cause, trial judges should as a rule exercise their power to exclude jurors from the court room during the selection process, pursuant to s. 640(2) of the *Criminal Code*. Jurors would be understandably reluctant to acknowledge a bias or prejudice publicly, and therefore, the risk of empanelling a biased juror increases where exclusion orders are not made (R. A. Schuller et al., “Challenge for Cause: Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom” (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407, at p. 417). After all, the purpose of this expanded procedure is not to expose potential jurors as “racists” or to single them out publicly for their biases, but rather to foster candid reflection on their part about their ability to consider the evidence impartially. This approach will target both explicit racism and more subtle forms of racial prejudice (see Martin J.’s reasons, at para. 121).

(c) *The Stand-Aside Power Under Section 633 of the Criminal Code*

[68] The final aspect of the jury selection process on which we wish to comment is the stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code*. By amending the stand-aside provision to permit trial judges to direct jurors to “stand by for reasons of . . . maintaining public confidence in the administration of justice”, Parliament effectively amended the purview of the stand-aside power.

[69] In doing so, Parliament borrowed language that figures prominently in the jurisprudence on s. 11(d) and elsewhere in the criminal law. The concept of “maintaining public confidence in the

confier au juge du procès — en tant que personne impartiale statuant en matière d’impartialité — le rôle de poser au candidat juré les questions suscitées par la récusation motivée. Bien entendu, les avocats devraient être consultés sur la teneur de ces questions avant qu’elles soient posées. Deuxièmement, dans les procès où surviennent des récusations motivées, le juge du procès devrait en principe exercer son pouvoir d’exclure les jurés de la salle d’audience durant le processus de sélection, comme le prévoit le par. 640(2) du *Code criminel*. Les jurés hésiteraient naturellement à reconnaître publiquement un parti pris ou un préjugé. Le risque de faire siéger un juré partial serait donc accru en l’absence d’une ordonnance d’exclusion (R. A. Schuller et autres, « Challenge for Cause : Bias Screening Procedures and Their Application in a Canadian Courtroom » (2015), 21 *Psychol. Pub. Pol’y & L.* 407, p. 417). Après tout, l’objet de cette procédure élargie n’est pas de faire passer les candidats jurés pour des « racistes », ni de les pointer publiquement du doigt en raison de leurs partis pris, mais plutôt d’encourager chez eux une réflexion franche sur leur aptitude à examiner la preuve de manière impartiale. Cette approche visera à la fois le racisme explicite et les formes plus subtiles de préjugés raciaux (voir les motifs de la juge Martin, par. 121).

c) *Le pouvoir de mise à l’écart prévu à l’art. 633 du Code criminel*

[68] Le dernier aspect du processus de sélection des jurés au sujet duquel nous souhaitons formuler des commentaires est le pouvoir de mise à l’écart que prévoit l’art. 633 du *Code criminel*. En modifiant la disposition relative à la mise à l’écart afin de permettre au juge du procès d’ordonner qu’un juré « se tienne à l’écart pour toute raison valable, y compris [. . .] le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice », le Parlement a, dans les faits, modifié la portée du pouvoir de mise à l’écart.

[69] Ce faisant, le Parlement a emprunté un vocabulaire qui occupe une place notable dans la jurisprudence relative à l’al. 11(d) et ailleurs en droit criminel. L’expression « assurer la confiance [. . .] du public

administration of justice” comes from *Valente*, in which Le Dain J. held that independence and impartiality “are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice” (p. 689). Justice Le Dain held further that without public confidence, “the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation” (p. 689). Writing in the context of the accused’s right to be present for the selection of the jury, Dickson C.J. held that “[t]he accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice” (*Barrow*, at p. 710 (emphasis added)).

[70] We are of the view that the “maintaining public confidence in the administration of justice” standard provides an effective analytical yardstick to address a variety of residual concerns in the jury selection process. In particular, the stand-aside power can provide a means to exclude jurors whom the judge, the accused, or the Crown believe might be partial but who have nevertheless survived a challenge for cause. In this respect, the amended provision builds upon the case law that has recognized that the stand-aside power provides an “element of flexibility” to the jury selection process by allowing trial judges to exclude jurors who *might* be partial (*R. v. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367 (Ont. C.A.), at paras. 63-64).

[71] It will be for trial courts and courts of appeal to determine, on a case-by-case basis, the contours of the trial judge’s discretion to stand aside jurors to “maintain[n] public confidence in the administration of justice”, but we wish to make it clear what this amended power *cannot* be used for.

[72] First, in all cases, the trial judge must maintain a resolute focus on the language that Parliament chose in amending the stand aside provision: trial judges can stand aside jurors only where necessary to

dans l’administration de la justice » vient de l’arrêt *Valente*, dans lequel le juge Le Dain écrivait que l’indépendance et l’impartialité « sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l’individu comme du public dans l’administration de la justice » (p. 689). Il ajoutait que, sans la confiance du public, « le système ne peut commander le respect et l’acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace » (p. 689). S’exprimant sur le droit de l’accusé d’assister à la sélection du jury, le juge en chef Dickson a écrit pour sa part que « [l]’accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l’administration de la justice en dépend » (*Barrow*, p. 710 (nous soulignons)).

[70] Nous sommes d’avis que la norme du « maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice » constitue un bon repère analytique qui permet de dissiper une foule de préoccupations persistantes à propos du processus de sélection des jurés. Plus précisément, le pouvoir de mise à l’écart peut constituer un moyen d’exclure le juré que le juge, l’accusé ou la Couronne soupçonne de partialité, mais qui a néanmoins résisté à une récusation motivée. À cet égard, la disposition modifiée s’appuie sur la jurisprudence qui a reconnu que ce pouvoir apporte [TRADUCTION] « une certaine souplesse » au processus de sélection des jurés en permettant au juge du procès d’exclure les jurés qui *pourraient* être partiaux (*R. c. Krugel* (2000), 143 C.C.C. (3d) 367 (C.A. Ont.), par. 63-64).

[71] Il appartiendra aux tribunaux de première instance et aux juridictions d’appel de circonscrire, au cas par cas, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’écarter des jurés afin de « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice », mais nous souhaitons exprimer clairement ce à quoi ce pouvoir modifié *ne peut pas* servir.

[72] Premièrement, dans tous les cas, le juge du procès doit rester résolument concentré sur le libellé choisi par le Parlement lorsqu’il a modifié la disposition relative à la mise à l’écart : le juge du procès

“maintai[n] public confidence in the administration of justice”. Public confidence is assessed from the perspective of a reasonable and informed person (*R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 87), who, in the context of jury selection, will know of the many safeguards that go to ensuring the independence and impartiality of the jury and the fairness of the trial, including: the dedicated provincial efforts to create representative jury rolls, the vital principle of randomness that undergirds all aspects of jury selection, the challenge for cause process that removes potential jurors for partiality, the trial judge’s instructions targeting implicit and unconscious bias, and the rigours of the trial process itself. Given these and other safeguards, which we have canvassed at length above, public confidence will not easily be lost in the jury selection process.

[73] Indeed, the jurisprudence of this Court demonstrates that generally, public confidence will be lost only where something egregious has occurred in the justice system that society at large finds unacceptable and simply will not tolerate. These circumstances are not mere deviations from established procedures. They cut to the very heart of the public’s entitlement to know that the jurors who decide the guilt of each accused are independent, impartial, and fairly selected. For instance, in *Barrow*, the jury selection procedure that unfolded through hushed conversations with individual jurors, out of earshot of the accused, undermined public confidence in the administration of justice because it impaired the right of all participants in the justice system to “be sure that the jury is impartial and the trial fair” (para. 25). Likewise, in *Bain*, the Crown’s ability to stand aside a disproportionate number of jurors resulted in a trial process that was “tainted with the appearance of obvious and overwhelming unfairness” and so manifestly stacked against the accused that “[m]embers of the community [would] be left in doubt as to the merits of” the trial (p. 102). These cases illustrate the central role that a fairly and transparently selected jury plays in ensuring public confidence in the administration of justice. They also illustrate the

peut écarter un juré uniquement lorsque cela est nécessaire pour « maint[enir] la confiance du public envers l’administration de la justice ». La confiance du public est examinée du point de vue d’une personne raisonnable et bien informée (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 87) qui, dans le contexte de la sélection du jury, connaît l’existence des nombreuses garanties visant à assurer l’indépendance et l’impartialité du jury et l’équité du procès, y compris : les efforts consacrés par les provinces pour créer des listes de jurés représentatives, le principe crucial du caractère aléatoire qui sous-tend tous les aspects de la sélection du jury, le processus de récusation motivée qui exclut des candidats jurés pour partialité, les directives du juge du procès visant les partis pris implicites et inconscients, et la rigueur du déroulement du procès lui-même. Compte tenu de ces garanties et d’autres que nous avons décrites en détail précédemment, la confiance du public envers le processus de sélection du jury ne sera pas facilement minée.

[73] En effet, la jurisprudence de la Cour démontre que, règle générale, la confiance du public ne sera perdue que lorsqu’il s’est produit dans le système judiciaire quelque chose de flagrant que la société dans son ensemble juge inacceptable et ne tolérera tout simplement pas. Ces circonstances ne sont pas de simples écarts par rapport aux procédures établies. Elles touchent au cœur même du droit du public de savoir que les jurés qui décident de la culpabilité de chaque accusé sont indépendants, impartiaux et sélectionnés équitablement. Par exemple, dans l’affaire *Barrow*, le processus de sélection du jury durant lequel des conversations chuchotées ont eu lieu avec des jurés, sans que l’accusé puisse les entendre, a miné la confiance du public envers l’administration de la justice, parce qu’il a porté atteinte au droit de tous les participants au système judiciaire « d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » (par. 25). De même, dans l’affaire *Bain*, la capacité de la Couronne d’écarter un nombre disproportionné de jurés a donné lieu à un procès dont le déroulement était « entaché d’une apparence d’injustice évidente et accablante » et si manifestement défavorable à l’accusé que les « membres de la société ser[ai]ent laissés dans le doute quant au bien-fondé » du procès (p. 102). Ces causes illustrent

tenor and magnitude of the circumstances that will occasion a loss of public confidence.

[74] It follows that we respectfully reject our colleague Abella J.'s suggestion that trial judges use the stand-aside power to "actively promote jury diversity" and to approximate "Canada's kaleidoscope of human diversity" (para. 164). Parliament did *not* write into law that the stand-aside power is to be used to bolster jury diversity as our colleague has conceived of it, but, again, for "maintaining public confidence in the administration of justice". As a matter of law, we cannot accept that public confidence in the administration of justice depends on achieving a jury that approximates the diversity of Canadian society.

[75] Nor do we find our colleague's abstract conception of diversity to offer meaningful guidance for trial judges. Indeed, we fear that our colleague's conception of the role trial judges are to play in the jury selection process raises more questions than answers. Are trial judges to habitually stand aside whole groups of jurors in order to make room for jurors of other backgrounds? And bearing in mind that each part of Canada is diverse in its own way, what does the phrase "Canada's kaleidoscope of human diversity" signify? Not all communities in Canada are diverse in the same way, nor is there one single Canadian standard of "diversity". A representative jury in Corner Brook, N.L. will not be "diverse" in the same way that a jury in Rankin Inlet, N.T. or in Prince Rupert, B.C., or in Trois-Rivières, Que., would be "diverse". Must trial judges strive for a national ideal of Canadian diversity, as our colleague's statement suggests, irrespective of the particular diversity of the local community?

le rôle central que joue un jury sélectionné équitablement et avec transparence pour assurer la confiance du public envers l'administration de la justice. Elles mettent également en lumière la teneur et l'ampleur des circonstances qui entraînent une perte de confiance du public.

[74] Avec égards, nous rejetons donc la suggestion de notre collègue la juge Abella voulant que le juge du procès utilise le pouvoir de mise à l'écart pour « promouvoir activement la diversité des jurys » et pour que ceux-ci soient presque à l'image du « kaléidoscope canadien de la diversité humaine » (par. 164). Le Parlement *n'a pas* écrit dans la loi que le pouvoir de mise à l'écart doit être utilisé pour favoriser la diversité du jury comme le conçoit notre collègue, mais bien, nous le répétons, qu'il doit l'être pour « maint[enir] [. . .] la confiance du public envers l'administration de la justice ». Sur le plan du droit, nous ne pouvons accepter que la confiance du public dépende de la constitution d'un jury dont la composition s'apparente à la diversité de la société canadienne.

[75] Nous sommes également d'avis que la conception abstraite de la diversité qu'a notre collègue n'offre pas d'indications utiles pour le juge du procès. En effet, nous craignons que cette conception du rôle que le juge du procès est appelé à jouer dans le processus de sélection du jury soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Le juge du procès doit-il de manière routinière mettre à l'écart des groupes entiers de jurés de manière à faire de la place pour des jurés d'horizons différents? En outre, gardant à l'esprit que chaque région du Canada recèle une diversité qui lui est propre, que signifie l'expression « kaléidoscope canadien de la diversité humaine »? Toutes les communautés du Canada ne sont pas diverses de la même manière; il n'existe pas non plus de norme canadienne unique en matière de « diversité ». Un jury représentatif à Corner Brook, à Terre-Neuve, ne sera pas « diversifié » comme un tel jury à Rankin Inlet, au Nunavut, à Prince Rupert, en Colombie-Britannique, ou à Trois-Rivières, au Québec. Faut-il que le juge du procès s'efforce d'atteindre un idéal national de diversité canadienne, comme le suggère l'affirmation de notre collègue, sans égard pour la diversité particulière de la communauté locale?

[76] Notably, most of the interveners in this Court were not concerned with ensuring that “Canada’s kaleidoscope of human diversity” finds its way onto every jury, but rather with ensuring that juries include someone bearing relevant characteristics of the accused or victim. For instance, the Advocates’ Society explained that “peremptory challenges offer all accused persons a fair opportunity to select for some of the characteristics most important to them” (I.F., at para. 23 (emphasis added; italics in original)). Similarly, the British Columbia Civil Liberties Association explained that homogenous juries often mean that white accused are “tried by their peers” while Black and Indigenous accused are not (I.F., at para. 3 (emphasis added)). If this is so, is diversity meant to correspond to relevant characteristics of the accused, or the victim, or both? What are trial judges to do in cases involving multiple co-accused of different races, and racially diverse groups of victims? Is it not conceivable that the trial judge might in such circumstances be tasked with hand-picking all 12 jurors? And would this not give rise to a serious constitutional concern? This raises the obvious question: how *specific* is the imperative of diversity? Does it require, for example, in a case where the victim or accused is Indigenous, that there be at least one Indigenous juror? Or, are more required? And, if more, how many more? And must such jurors be from the same First Nation as the accused or the victim?

[77] These are the sorts of difficult questions with which trial judges would have to grapple if they were empowered to shape the diversity of the petit jury. If nothing else, the different approaches to enhancing diversity contemplated by our colleague and these interveners raise a host of practical problems, some of which could involve constitutional issues — a problem not lost on the trial judges who have been asked to apply the stand-aside power as our colleague proposes (see, e.g., *R. v. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. v. Josipovic*, 2020 ONSC 6300).

[76] Fait à noter, la plupart des intervenants devant la Cour n’étaient pas préoccupés de garantir que le « kaléidoscope canadien de la diversité humaine » se retrouve dans chaque jury; ils ont plutôt plaidé pour la garantie que les jurys comprennent une personne présentant des caractéristiques pertinentes de l’accusé ou de la victime. Par exemple, la Société des plaideurs a expliqué que [TRADUCTION] « les récusations péremptoires offrent à chaque accusé une occasion équitable de choisir les jurés en fonction de certaines des caractéristiques les plus importantes pour lui » (m. interv., par. 23 (nous soulignons; en italique dans l’original)). De même, la British Columbia Civil Liberties Association a expliqué que par jurys homogènes on entend souvent qu’un accusé blanc est [TRADUCTION] « jugé par ses pairs » alors qu’un accusé noir ou autochtone ne l’est pas (m. interv., par. 3 (nous soulignons)). Si tel est le cas, la diversité est-elle censée correspondre aux caractéristiques pertinentes de l’accusé, de la victime, ou des deux? Que devrait faire le juge du procès dans les causes qui concernent des coaccusés de races différentes ou des groupes de victimes de diverses races? Ne serait-il pas concevable que, dans de telles circonstances, le juge soit chargé de trier sur le volet chacun des 12 jurés? Et, cela ne donnerait-il pas lieu à une sérieuse question d’ordre constitutionnel? Cela soulève la question évidente suivante : jusqu’à quel point l’impératif de diversité est *spécifique*? Requier-t-il, par exemple, lorsque la victime ou l’accusé est Autochtone qu’il y ait au moins un Autochtone parmi les jurés? Ou en faudrait-il davantage? Si oui, combien? Et de tels jurés devraient-ils être originaires de la même Première Nation que l’accusé ou la victime?

[77] Voilà le type de questions complexes avec lesquelles le juge du procès serait aux prises s’il détenait le pouvoir de façonner la diversité du petit jury. À tout le moins, les différentes approches envisagées par notre collègue et ces intervenants pour accroître la diversité soulèvent une foule de problèmes pratiques, dont certains pourraient poser des questions d’ordre constitutionnel — un problème qui n’a pas échappé aux juges du procès à qui l’on a demandé d’appliquer le pouvoir de mise à l’écart comme le propose notre collègue (voir, p. ex., *R. c. Campbell*, 2019 ONSC 6285; *R. c. Josipovic*, 2020 ONSC 6300).

[78] Likewise, if trial judges were to use the stand-aside power as suggested by our colleague and urged upon us by some of the interveners, we see no principled reason for allowing a trial judge, in the quest for a diverse petit jury, to stop at *visible* identity characteristics. If a Black or Indigenous accused or complainant can ask the trial judge to ensure Black or Indigenous representation on the jury, there would be no principled reason why an accused or complainant who is LGBTQ or a member of a religious minority should not also have the right to see themselves “represented” on the jury. Non-visible features of one’s identity, such as sexual orientation or religion, could then be explored with prospective jurors, compelling them to reveal their sexual orientation or religious faith — which would depart substantially from traditional Canadian practice and juror privacy, as discussed above.

[79] We raise these questions to highlight that what our colleague Abella J. and some interveners propose would alter in a fundamental way the nature and practice of jury selection in this country. This Court has, with good reason, declined to interpret the imperatives of jury representativeness and impartiality as requiring diversity among the members of the petit jury. As a constitutional matter, diverse juries depend *not* on gerrymandered juries, but on diverse jury panels. And diverse jury panels are preserved *not* by the use of stand asides to remove jurors by reason of their particular background, but by rules that do not undermine their diversity.

[80] This last point — the crucial importance of diverse jury panels to secure diverse juries — merits special emphasis. Here lies the prime importance ascribed by this Court in *Kokopenace* to *randomness*, since that equal chance to be selected for the jury depends fundamentally on the *randomness* of the jury selection process. We endorse the explanation of one commentator for why, as a matter of logic, any

[78] De même, si le juge du procès devait se servir du pouvoir de mise à l’écart comme le suggère notre collègue et comme nous invitent à le prescrire certains intervenants, nous ne voyons aucune raison de principe pour lui permettre, dans sa quête d’un petit jury diversifié, de s’arrêter aux caractéristiques identitaires *visibles*. Si un accusé ou un plaignant noir ou autochtone pouvait demander que le juge du procès garantisse la présence de jurés noirs ou autochtones, aucune raison de principe ne s’opposerait à ce que l’accusé ou le plaignant qui fait partie de la communauté LGBTQ ou qui est membre d’une religion minoritaire détienne aussi le droit d’être « représenté » dans le jury. Les attributs invisibles de l’identité d’une personne, comme son orientation sexuelle ou sa religion, pourraient alors être explorés auprès des candidats jurés, les forçant à révéler leur orientation sexuelle ou leur religion — ce qui s’écarterait considérablement de la pratique traditionnelle suivie au Canada et du principe du respect de la vie privée des jurés, comme nous l’avons déjà mentionné.

[79] Nous soulevons ces questions pour mettre en lumière que ce que proposent notre collègue la juge Abella et certains intervenants modifierait fondamentalement la nature et la pratique de la sélection des jurés dans ce pays. La Cour, à bon droit, a refusé d’interpréter les impératifs de représentativité et d’impartialité du jury comme exigeant une diversité parmi les membres du petit jury. Sur le plan constitutionnel, la formation de jurys diversifiés dépend, *non pas* du charcutage que l’on en fait, mais de l’existence de tableaux diversifiés de jurés. Et de tels tableaux sont préservés *non pas* par des mises à l’écart visant à exclure des jurés en raison de leurs caractéristiques personnelles, mais par des règles qui ne nuisent pas à leur diversité.

[80] Ce dernier élément — soit l’importance cruciale de la diversité des tableaux de jurés pour assurer la diversité des jurys — mérite qu’on s’y attarde particulièrement. C’est là que réside l’importance de premier ordre accordée par la Cour dans l’arrêt *Kokopenace* au *caractère aléatoire*, puisque cette égalité des chances d’être sélectionné pour faire partie du jury dépend fondamentalement du *caractère*

departure from randomness will necessarily lead to *lesser, not greater*, representativeness on the jury:

However, it remains a basic tenet of our jury selection system that the random selection of jurors from a relatively representative cross-section of the population ensures impartiality by eliminating systemic bias against certain classes of accuseds. It also ensures a diversity of viewpoints and prevents the exclusion of particular groups from jury service.

...

... It is a basic statistical concept that a sample of the population is only “representative” if it is randomly selected. The degree to which a sample is not randomly chosen is referred to as a “selection bias”. While this may seem like arcane *statistrivia*, the principles underlying good research and fair juries are the same. A sample can only describe the general population, its attitudes and values if it has been selected randomly. The degree to which certain segments of society are excluded from jury rolls or challenged has the effect of biasing the jury in subtle ways, such that it cannot be said to speak for the community or its values. [Footnotes omitted.]

(B. Kettles, “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2012), 59 *Crim. L.Q.* 462, at pp. 482-83)

[81] For all of these reasons, we must conclude that the judicial stand-aside power, as amended, cannot be used in the manner that our colleague Abella J. and various interveners suggest. To the contrary, the reasonable, informed observer would lose confidence in a jury selection process that requires trial judges to sacrifice the vital principle of randomness on the altar of diversity and select individual jurors merely on the basis of their race or other aspects of their identity. Reductionist premises, racial or otherwise, have no place in jury selection. This, in turn, calls into question the statement of the then-Minister of Justice that the amended stand-aside power would

aléatoire du processus menant à sa sélection. Nous souscrivons à l’explication d’un auteur justifiant pourquoi, logiquement, tout écart par rapport au caractère aléatoire *réduira* nécessairement la représentativité du jury *plutôt que de l’accroître* :

[TRADUCTION] Toutefois, un principe de base de notre système de sélection du jury reste que la sélection aléatoire des jurés à partir d’un échantillon relativement représentatif de la population garantit l’impartialité en éliminant les partis pris systémiques contre certaines catégories d’accusés. Elle garantit également une diversité de points de vue et empêche que les membres de groupes particuliers ne soient pas appelés à exercer la fonction de juré.

...

... C’est un concept de base de la statistique qu’un échantillon d’une population n’est « représentatif » que s’il est choisi de manière aléatoire. La mesure dans laquelle un échantillon n’est pas choisi aléatoirement est appelée le « biais de sélection ». Bien que cela puisse sembler appartenir à des *statistivias*, les principes sous-jacents d’une recherche de qualité et de la sélection de jurys équitables sont les mêmes. Un échantillon ne peut représenter la population en général, ses attitudes et ses valeurs que s’il a été choisi de manière aléatoire. La mesure dans laquelle certains segments de la société sont exclus des listes de jurés ou récusés biaise le jury subtilement, de telle sorte qu’on ne peut prétendre qu’il représente la communauté ou ses valeurs. [Notes en bas de page omises.]

(B. Kettles, « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 462, p. 482-483)

[81] Pour tous ces motifs, nous sommes contraints de conclure que le pouvoir judiciaire de mise à l’écart, dans sa version modifiée, ne peut être utilisé comme le suggèrent notre collègue la juge Abella et certains intervenants. Au contraire, l’observateur raisonnable et informé perdrait confiance dans un processus de sélection du jury qui exigerait que le juge du procès sacrifie le principe vital du caractère aléatoire à l’autel de la diversité et sélectionne les jurés uniquement en fonction de leur race ou d’autres aspects de leur identité. Les prémisses réductionnistes, qu’elles soient fondées sur la race ou sur une autre caractéristique, n’ont pas leur place dans

enable judges to “make room for a more diverse jury”.

[82] To be sure, the abolition of peremptory challenges will go a long way to augment the diversity of juries, for the reasons we have given. And, as the reasons of Rowe J. make clear, Parliament and the provincial legislatures may, within constitutional bounds, pursue further legislative reform designed to better promote or enhance the diversity of the petit jury. But this amendment to the stand-aside power, as we have explained, does not do so.

(d) *Conclusion on Section 11(d)*

[83] In summary, we are of the view that the abolition of peremptory challenges does not infringe the s. 11(d) rights of accused persons. The existing protections of the independence and impartiality of the jury, which we have canvassed above, continue to protect against an infringement of the s. 11(d) right. In appropriate cases, we also highlight the ongoing role of robust and targeted jury instructions, challenges for cause, and judicial stand asides in protecting the integrity of the jury process.

[84] Additionally, we emphasize that nothing in these reasons should be read as constitutionalizing this, or any other, statutory scheme for jury selection. The role of the courts in the *Charter* analysis “is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions”, because when “struggling with questions of social policy and attempting to deal with conflicting [social] pressures ‘a legislature must be given reasonable room to manoeuvre’” (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 194, per La Forest J. (concurring); *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 627). An accused person has the constitutional right to a fair trial before an independent and impartial jury — nothing

la sélection du jury. Cela, à son tour, soulève des questions quant à la déclaration de la ministre de la Justice d’alors selon laquelle le pouvoir modifié de mise à l’écart permettrait aux juges « d’obtenir un jury plus diversifié ».

[82] Assurément, l’abolition des récusations péremptoires aidera beaucoup à accroître la diversité des jurys, pour les raisons que nous avons énoncées. En outre, comme le démontrent clairement les motifs du juge Rowe, le Parlement et les législatures provinciales peuvent, dans les limites fixées par la Constitution, envisager d’autres réformes législatives conçues pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury. Cela dit, comme nous l’avons expliqué, la modification au pouvoir de mise à l’écart en cause en l’espèce n’a pas cet effet.

d) *Conclusion sur l’alinéa 11d)*

[83] En résumé, nous sommes d’avis que l’abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits que confère l’al. 11d) à l’accusé. Les protections actuelles de l’indépendance et de l’impartialité du jury que nous avons examinées précédemment préviennent encore toute atteinte à ces droits. En ce qui concerne la protection de l’intégrité du processus de sélection des jurés, nous insistons aussi, pour les cas qui le justifient, sur le rôle qui persiste de directives solides et ciblées au jury, sur celui des récusations motivées et sur celui des mises à l’écart ordonnées par le juge du procès.

[84] Nous tenons à ajouter que les présents motifs ne confèrent nullement une valeur constitutionnelle à ce régime législatif, ni à aucun autre, en matière de sélection des jurés. Le rôle des tribunaux dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte* « est d’assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe », parce que « “le législateur doit disposer d’une marge de manœuvre raisonnable [. . .]” lorsqu’il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions [sociales] opposées » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, le juge La Forest (motifs concordants); *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 627).

less, but also nothing more. Parliament gives expression to these constitutional rights through various statutory provisions. These provisions are subject to review and change by Parliament as it sees fit to keep pace with societal changes, expectations, and developments. As with the abolition of peremptory challenges and substitution of the trial judge as adjudicator of challenges for cause, it is well within Parliament's constitutional bounds to determine that features of the jury selection system are more discriminatory than facilitative. Courts may intervene only when impugned schemes infringe fundamental rights, not when they disagree with a Parliament's policy decisions. The relevant inquiry remains whether the process as a whole results in an independent and impartial jury.

(2) Section 11(f): The Right to Trial by Jury

[85] Mr. Chouhan argues that the abolition of peremptory challenges infringes his right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter* by depriving him of an impartial jury and a representative jury. In our view, these arguments must fail. Section 11(f) offers no greater protection of impartiality than the specific guarantee of impartiality enshrined in s. 11(d). With respect to representativeness, the jurisprudence of this Court is clear that the right to a representative jury does not entitle the accused to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the final stage of selecting jurors to serve on the trial jury (*Kokopenace*, at para. 70). Section 11(f)'s guarantee of representativeness requires the state to provide a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process, by compiling a jury roll that draws from a broadly inclusive source list and by delivering jury notices to those who have been selected (*Kokopenace*, at para. 61). These aspects of jury selection are not affected by the abolition of peremptory challenges.

L'accusé a le droit constitutionnel à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial — rien de moins, mais aussi rien de plus. Le Parlement donne corps à ces droits constitutionnels au moyen de diverses dispositions législatives. Ces dispositions peuvent être revues et modifiées par le Parlement selon qu'il le juge à propos pour suivre le rythme de l'évolution, des attentes et du développement de la société. Comme pour l'abolition des récusations péremptoires et la désignation du juge du procès en tant qu'arbitre des récusations motivées, il entre tout à fait dans les limites constitutionnelles de la compétence du Parlement de décider que certaines caractéristiques du système de sélection des jurés sont plus discriminatoires que facilitantes. Les tribunaux ne peuvent intervenir que lorsque le régime contesté porte atteinte à des droits fondamentaux, et non lorsqu'ils sont en désaccord avec une décision de principe du Parlement. La question qu'il faut se poser reste la suivante : le processus dans son ensemble mène-t-il à un jury indépendant et impartial?

(2) Alinéa 11f) : le droit à un procès avec jury

[85] Monsieur Chouhan fait valoir que l'abolition des récusations péremptoires empiète sur le droit à un procès avec jury que lui reconnaît l'al. 11f) de la *Charte*, en le privant d'un jury impartial et d'un jury représentatif. À notre avis, ces arguments ne sauraient être retenus. L'alinéa 11f) ne protège pas davantage l'impartialité que ne le fait la garantie spécifique d'impartialité inscrite à l'al. 11d). En ce qui concerne la représentativité, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que le droit à un jury représentatif ne donne pas à l'accusé le droit à une représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection du jury, y compris à l'étape finale de la sélection des jurés appelés à le juger (*Kokopenace*, par. 70). La garantie de représentativité contenue à l'al. 11f) requiert de l'État qu'il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection du jury, en dressant une liste de jurés à partir d'une liste brute largement inclusive, et en envoyant des avis de sélection de jurés aux personnes qui ont été choisies (*Kokopenace*, par. 61). L'abolition des récusations péremptoires n'a pas d'incidence sur ces aspects de la sélection du jury.

B. Temporal Application of the Amendments

[86] When Parliament abolished peremptory challenges in Bill C-75, it indicated that the abolition would come into force on September 19, 2019. Regrettably, and contrary to Parliament's own legislative drafting guidelines, the legislation did not include transitional provisions that set out whether and how the amendments would apply to criminal prosecutions pending in the system (Canada, Privy Council Office, *Guide to Making Federal Acts and Regulations* (2nd ed. 2001), at p. 91).

[87] It thus fell to the courts to sort out the temporal application of the abolition of peremptory challenges. As is generally the case when Parliament fails to include transitional provisions in a legislative amendment, the temporal application of these amendments divided trial courts across the country. The debate centered on principles of statutory interpretation, namely the presumptions that procedural laws apply immediately in all cases, while laws that affect substantive rights can only apply prospectively to cases in which the relevant rights have not yet vested.

[88] Courts in Ontario generally found the amendments to be purely procedural and therefore immediate in their application, meaning that they would govern the jury selection processes for all trials beginning on or after the amendments' proclamation into force (see *R. v. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. v. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. v. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. v. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. v. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. v. Daniel*, 2019 ONSC 6920). The trial judge in this proceeding came to the same conclusion, as did some courts in other jurisdictions (see *R. v. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. v. Stewart*, 2019 MBQB 171). Conversely, several courts concluded that the amendments affect substantive rights and therefore cannot apply to pending jury trials, but nevertheless divided on when the amendments applied in a particular case (see *R. v.*

B. Application temporelle des modifications

[86] Quand le Parlement a aboli les récusations péremptoires dans le projet de loi C-75, il a indiqué que l'abolition entrerait en vigueur le 19 septembre 2019. Malheureusement, et contrairement aux lignes directrices du Parlement lui-même en matière de rédaction législative, le nouveau texte ne contenait pas de dispositions transitoires précisant si et de quelle manière les modifications s'appliqueraient aux poursuites criminelles déjà en cours (Canada, Bureau du Conseil privé, *Lois et règlements : l'essentiel* (2^e éd. 2001), p. 91).

[87] Il revient donc aux tribunaux de se prononcer sur l'application temporelle de l'abolition des récusations péremptoires. Comme c'est généralement le cas lorsque le Parlement ne prévoit pas de dispositions transitoires dans un texte législatif modificateur, l'application temporelle des modifications en cause ici a donné lieu à une jurisprudence partagée de la part des tribunaux de première instance de partout au pays. Le débat s'est centré sur des principes d'interprétation législative, à savoir la présomption selon laquelle les lois procédurales s'appliquent immédiatement dans tous les cas, tandis que les lois qui touchent aux droits substantiels ne valent que pour l'avenir et ne s'appliquent qu'aux situations dans lesquelles les droits concernés ne sont pas encore acquis.

[88] Les tribunaux de l'Ontario ont généralement conclu que les modifications sont purement procédurales et s'appliquent donc immédiatement, c'est-à-dire qu'elles régiraient les processus de sélection des jurés pour tous les procès entrepris à compter du jour de l'entrée en vigueur des modifications (voir *R. c. Johnson*, 2019 ONSC 6754, 451 C.R.R. (2d) 167; *R. c. Muse*, 2019 ONSC 6119, 448 C.R.R. (2d) 266; *R. c. Lako*, 2019 ONSC 5362; *R. c. Khan*, 2019 ONSC 5646; *R. c. McMillan*, 2019 ONSC 5616; *R. c. Daniel*, 2019 ONSC 6920). En l'espèce, le juge du procès est arrivé à cette conclusion, tout comme certains tribunaux d'autres provinces (voir *R. c. Cumberland*, 2019 NSSC 307; *R. c. Stewart*, 2019 MBQB 171). Inversement, plusieurs tribunaux ont conclu que les modifications concernent des droits substantiels et qu'elles ne pouvaient donc s'appliquer aux procès avec jury en

Dorion, 2019 SKQB 266; *R. v. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. v. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. v. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. v. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. v. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. v. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. v. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. v. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. v. Nazarek*, 2019 BCSC 1798).

cours; ils ont néanmoins été divisés sur la question de savoir à quel moment les modifications s'appliquaient dans un cas donné (voir *R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266; *R. c. Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 379 C.C.C. (3d) 75; *R. c. LeBlanc*, 2019 NBQB 241, 447 C.R.R. (2d) 227; *R. c. S.B.*, 2019 ABQB 836, 447 C.R.R. (2d) 63; *R. c. Bragg*, 2019 NLSC 235; *R. c. Simard*, 2019 QCCS 4394; *R. c. Kebede*, 2019 ABQB 858, 448 C.R.R. (2d) 102; *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49; *R. c. Bebawi*, 2019 QCCS 4393; *R. c. Ismail*, 2019 MBQB 150, 447 C.R.R. (2d) 150; *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232; *R. c. Nazarek*, 2019 BCSC 1798).

[89] The decision on appeal is the only decision of an appellate court to have considered this issue. The Court of Appeal overturned the trial judge and determined that the abolition of peremptory challenges affects the substantive right to a jury trial, as provided for in the *Criminal Code*. The abolition therefore could not apply if, before September 19, 2019, the accused was charged with an offence within the exclusive jurisdiction of the Superior Court, was directly indicted, or elected trial by jury.

[89] La décision qui a été rendue en appel dans la présente affaire est la seule où une juridiction d'appel a examiné cette question. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et conclu que l'abolition des récusations péremptoires portait atteinte au droit substantiel à un procès avec jury que prévoit le *Code criminel*. L'abolition était donc sans effet si, avant le 19 septembre 2019, l'accusé avait été inculpé d'une infraction relevant de la compétence exclusive de la Cour supérieure, s'il avait fait l'objet d'une accusation directe, ou s'il avait opté pour un procès avec jury.

[90] Respectfully, we disagree with the Court of Appeal. The abolition of peremptory challenges is purely procedural and therefore applies immediately to all jury selection processes beginning on or after September 19, 2019.

[90] Avec égards, nous devons exprimer notre désaccord avec la Cour d'appel. L'abolition des récusations péremptoires est purement procédurale et elle s'applique donc immédiatement à tous les processus de sélection de jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019.

(1) General Principles

[91] Most recently in *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, this Court set out the principles governing the temporal application of new legislation. Justice Deschamps, writing for the majority, summarized the rules of interpretation as follows, at paras. 10-11:

New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to

(1) Principes généraux

[91] Dans l'arrêt le plus récent sur la question, *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, notre Cour a exposé les principes régissant l'application temporelle des nouvelles lois. La juge Deschamps, s'exprimant au nom des juges majoritaires, résumait ainsi, aux par. 10-11, les règles d'interprétation applicables :

Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention

apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights.

[92] Dissenting, but not on this point, Cromwell J. elaborated on the distinction between legislation which is purely procedural and legislation that is substantive or encroaches on substantive rights (paras. 52-66). From his summary we draw some general guidance. Broadly speaking, procedural amendments depend on litigation to become operable: they alter the method by which a litigant conducts an action or establishes a defence or asserts a right. Conversely, substantive amendments operate independently of litigation: they may have direct implications on an individual’s legal jeopardy by attaching new consequences to past acts or by changing the substantive content of a defence; they may change the content or existence of a right, defence, or cause of action; and they can render previously neutral conduct criminal.

claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s’appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à venir (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s’appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s’impose pour statuer sur l’application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

[92] Dans une opinion dissidente, mais non sur ce point, le juge Cromwell a expliqué la distinction à faire entre une mesure législative qui est purement procédurale et une autre qui est substantielle ou qui empiète sur des droits substantiels (par. 52-66). À partir du résumé qu’il a fait de la question, nous tirons quelques directives générales. De façon générale, les modifications procédurales dépendent du litige pour devenir opérantes : elles modifient la méthode selon laquelle un plaideur conduit une action, établit un moyen de défense ou fait valoir un droit. À l’inverse, les modifications substantielles opèrent indépendamment du litige : elles peuvent avoir des implications directes sur le risque que court une personne sur le plan juridique en assortissant de conséquences nouvelles des actes passés ou en modifiant le contenu substantiel d’un moyen de défense; elles peuvent modifier le contenu ou l’existence d’un droit, d’un moyen de défense ou d’une cause d’action; et elles peuvent criminaliser un comportement auparavant neutre.

(2) The Procedural Right to Peremptory Challenges

[93] We begin our analysis bearing in mind our conclusions on the constitutional issues: the abolition of peremptory challenges does not infringe the accused's right to an independent and impartial tribunal or to a jury, under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. Constitutional rights are substantive rights, and legislation which affects substantive rights only applies prospectively absent legislative intent to the contrary (*Dineley*, at para. 21). Accordingly, the question on this appeal is whether, notwithstanding the lack of a constitutional violation, the abolition of peremptory challenges affected the accused persons' rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Dineley*, at para. 11).

[94] While acknowledging that the abolition of peremptory challenges was constitutional, the Court of Appeal held that the abolition could only apply prospectively because it “significantly diminishes an accused's ability to affect the ultimate composition of the jury chosen to try the accused” and therefore “impacts on the accused's statutory right to trial by jury” as it existed before September 19, 2019 (para. 210). With respect, we disagree with this framing. Substantive law “creates rights and obligations and is concerned with the ends which the administration of justice seeks to attain, whereas procedural law is the vehicle providing the means and instruments by which those ends are attained” (*Sutt v. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169 (C.A.), at p. 175). The substantive right at issue, and the end which the administration of justice seeks to attain, is the *Charter*-protected right to a fair trial by an independent and impartial jury. The jury selection procedures in the *Criminal Code* exist only to serve those rights. They do not create a parallel right to a set of procedures, distinct from what the Constitution requires. Nor does a modification in procedure affect the fulfilment of the right, absent a constitutional infringement.

(2) Le droit procédural à des récusations péremptoires

[93] Nous commençons notre analyse en gardant à l'esprit nos conclusions sur les questions constitutionnelles : l'abolition des récusations péremptoires ne porte pas atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* à l'accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ou par un jury. Les droits constitutionnels sont des droits substantiels, et toute mesure législative qui porte atteinte à ces droits substantiels, en l'absence d'une intention contraire du législateur, ne vaut que pour l'avenir (*Dineley*, par. 21). En conséquence, la question posée dans le présent pourvoi est celle de savoir si, nonobstant l'absence de violation constitutionnelle, l'abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Dineley*, par. 11).

[94] Tout en reconnaissant que l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle, la Cour d'appel a jugé qu'elle ne valait que pour l'avenir parce qu'elle [TRADUCTION] « réduit considérablement la capacité de l'accusé d'influer sur la composition ultime du jury choisi pour le juger » et qu'elle « porte [donc] atteinte au droit d'origine législative de l'accusé à un procès avec jury », tel que ce droit existait avant le 19 septembre 2019 (par. 210). Avec égards, nous ne partageons pas ce point de vue. Le droit substantiel [TRADUCTION] « crée des droits et des obligations et se préoccupe des fins que l'administration de la justice cherche à atteindre, tandis que le droit procédural est le véhicule offrant les moyens et instruments par lesquels ces fins sont atteintes » (*Sutt c. Sutt*, [1969] 1 O.R. 169 (C.A.), p. 175). Le droit substantiel en cause, et la fin que l'administration de la justice cherche à atteindre, est le droit garanti par la *Charte* à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial. Les procédures de sélection des jurés énoncées dans le *Code criminel* n'existent que pour servir ce droit. Elles ne créent pas un droit parallèle à un ensemble de procédures, qui serait distinct de ce que requiert la Constitution. Une modification des procédures n'altère pas non plus la réalisation du droit conféré, à moins qu'elle enfreigne une disposition constitutionnelle.

[95] Before this Court, Mr. Chouhan equates the loss of a perceived procedural advantage with a negative impact on a substantive right. We disagree.

[96] While the subjective importance of the peremptory challenge to the accused is undeniable, the mere fact that a procedure was important or advantageous to one party does not, without more, render the procedure substantive. The Court of Appeal for Ontario has held, correctly in our view, that even where a procedure operates more favourably to the accused than its replacement, there is no vested interest, and by extension, no substantive right to a specific procedure (*Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536, at para. 72). The ancient character of peremptory challenges does not displace this principle.

[97] The jurisprudence demonstrates conclusively that legislation can confer a significant benefit on the accused or the Crown but nevertheless remain procedural. For instance, in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, this Court determined that amendments to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which made the accused's spouse a compellable witness, were procedural. Although the new evidentiary rules significantly bolstered the Crown's case against the accused, those rules remained procedural, as Lamer J. (as he then was) held that spouses do not have a substantive right to one another's confidentiality. Similarly, in *R. v. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181 (Ont. C.A.), Parliament abolished the corroboration requirement that previously limited the admissibility of a child's evidence before the accused's trial on a charge of sexual assault involving a child, but after he was arraigned. The Court of Appeal determined that the amendment was purely procedural.

[98] We highlight these examples to demonstrate that procedural rights are often no less important than substantive rights from the perspective of the accused person. In both *Wildman* and *Bickford*, the accused no doubt each expected and hoped that their trials

[95] Devant notre Cour, M. Chouhan assimile la perte de ce qu'il perçoit comme un avantage procédural supposé à une conséquence néfaste sur un droit substantiel. Nous ne sommes pas d'accord.

[96] L'importance subjective d'une récusation péremptoire pour l'accusé est indéniable, mais le simple fait qu'une procédure était importante ou avantageuse pour une partie ne lui confère pas pour autant, sans plus, un caractère substantiel. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé, à juste titre selon nous, que, même lorsqu'une procédure se révèle plus favorable à l'accusé que celle qui l'a remplacée, il n'y a pas d'intérêt acquis et, par extension, pas de droit substantiel à une procédure particulière (*Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)*, 2012 ONCA 292, 110 O.R. (3d) 536, par. 72). La longue existence des récusations péremptoires ne supplante pas ce principe.

[97] La jurisprudence illustre de manière concluante qu'une mesure législative peut conférer un avantage important à l'accusé ou à la Couronne, sans cesser pour autant d'être procédurale. Par exemple, dans l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, notre Cour a estimé que les modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, qui faisaient du conjoint de l'accusé un témoin contraignable, étaient procédurales. Bien que les nouvelles règles de preuve renforçaient notablement la position de la Couronne à l'encontre de l'accusé, elles demeuraient procédurales, le juge Lamer (plus tard juge en chef) estimant que la confidentialité des rapports entre conjoints ne constituait pas un droit substantiel. Pareillement, dans l'arrêt *R. c. Bickford* (1989), 51 C.C.C. (3d) 181 (C.A. Ont.), le Parlement avait, avant le procès de l'accusé pour agression sexuelle sur un enfant, mais après son interpellation, aboli l'exigence de corroboration qui jusque-là limitait l'admissibilité du témoignage d'un enfant. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que cette modification était purement procédurale.

[98] Nous mettons ces exemples en exergue pour démontrer que les droits procéduraux ne sont souvent pas moins importants que les droits substantiels du point de vue de l'accusé. Dans les affaires *Wildman* et *Bickford*, les accusés comptaient et espéraient sans

would proceed under the old evidentiary rules, and the change in law may have paved the way for their convictions. Nevertheless, changing those rules of evidence merely altered the manner in which accused persons conducted their defence and did not deprive them of a defence, which would have affected a substantive right, as was the case in *Dineley*. In this respect, we do not share the views of our colleague, Abella J., at para. 181, that a procedural rule becomes substantive merely because a misapplication of the rule at trial could constitute a reversible error on appeal. Indeed, the *Criminal Code* expressly contemplates that “procedural irregularities” at trial *do* constitute such error, since it empowers courts of appeal to *cure* such errors where the appellant suffered no prejudice thereby (s. 686(1)(b)(iv)). Nor does the jurisprudence lend any support to this broad and unwarranted expansion of the concept of substantive rights.

[99] The crux of Mr. Chouhan’s argument is that the loss of peremptory challenges erodes the right of the accused to participate in the selection of the jury, which Mr. Chouhan characterizes as a substantive right (R.F., at para. 68). Indeed, in *Dineley*, this Court acknowledged that a law’s effect on the “content or existence of a defence [or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation]” is “an indication that substantive rights are affected” (paras. 15-16). However, even accepting the existence of a substantive right to participate in the selection of one’s jury, the amendments at issue in this case affected only *the way* in which that substantive right was exercised. Moreover, even without peremptory challenges, a robust inventory of procedures continues to allow the accused to assert this right. As discussed, the abolition of peremptory challenges leaves untouched the power of the accused to challenge jurors for cause, and it comes with an expansion of the trial judge’s power to stand aside jurors at the request of the accused. In these circumstances, we are not persuaded that the loss of the accused’s ability to exclude a limited number of prospective jurors without providing a reason undermined the accused’s

doute être jugés selon les anciennes règles de preuve, et les nouvelles règles ont possiblement ouvert la voie à leur condamnation. Ces nouvelles règles de preuve ne faisaient néanmoins que changer la manière dont les accusés allaient conduire leur défense et ne les privaient pas d’un moyen de défense, ce qui aurait porté atteinte à un droit substantiel, comme ce fut le cas dans l’affaire *Dineley*. À cet égard, nous sommes en désaccord avec notre collègue la juge Abella qui affirme, au par. 181, qu’une règle procédurale se convertit en règle substantielle du simple fait que son application erronée lors du procès pourrait constituer une erreur susceptible de révision en appel. En effet, le *Code criminel* envisage expressément qu’une « irrégularité de procédure » au procès constitue *bel et bien* une telle erreur, puisqu’il confère le pouvoir aux cours d’appel de *réparer* de telles erreurs lorsque l’appelant n’a subi aucun préjudice du fait de cette irrégularité (sous-al. 686(1)b)(iv)). La jurisprudence n’appuie pas elle non plus d’aucune façon cette expansion large et injustifiée de la notion de droits substantiels.

[99] Monsieur Chouhan soutient essentiellement que la perte des récusations péremptoires érode le droit de l’accusé de participer à la sélection des jurés, un droit que M. Chouhan qualifie de droit substantiel (m.i., par. 68). D’ailleurs, dans l’arrêt *Dineley*, la Cour a reconnu que l’effet d’une loi « sur le contenu ou sur l’existence d’une action ou d’un moyen de défense [ou d’un droit, d’une obligation ou de quelque autre objet de la loi] » est une « indi[cation] que des droits substantiels sont en jeu » (par. 15-16). Cependant, même si l’on admettait l’existence d’un droit substantiel de l’accusé de participer à la sélection de ses jurés, les modifications en cause en l’espèce ne concernaient que *la façon* dont ce droit substantiel était exercé. De plus, même sans récusations péremptoires, une série appréciable de procédures permet toujours à l’accusé de faire valoir ce droit. Comme nous l’avons dit, l’abolition des récusations péremptoires laisse intact le pouvoir de l’accusé de recourir à des récusations motivées, et elle s’accompagne d’un élargissement du pouvoir du juge du procès de mettre des jurés à l’écart à la demande de l’accusé. Dans ces circonstances, nous ne sommes pas persuadés que la perte du droit de

participation in the selection process. Further, we respectfully disagree with our colleague Côté J., who suggests (at para. 301) that the accused's reliance on a given procedure creates a vested right in that procedure. The jurisprudence has long been clear that there is no vested right in procedure (*Wildman*, at p. 331; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; at pp. 95-96; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 802).

[100] Moreover, when the focus remains squarely on the substantive rights actually at stake in this case, namely the ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights, it is clear that the presence or absence of peremptory challenges does not affect those rights. Accused persons were entitled to a variable number of peremptory challenges across history, and immediately before the abolition, the number of challenges varied based on the seriousness of the offence. For instance, under the previous jury selection regime, an accused person charged with first degree murder could exercise 20 peremptory challenges while an accused person indicted on assault charges had only four challenges. But each of these accused persons was entitled to, and received, an equally fair trial. In these circumstances, the argument that the abolition of peremptory challenges affected the substantive rights at stake must fail.

[101] We are fortified in this conclusion by the views of our colleague, Abella J., at paras. 159 to 166 of her reasons. If, as she says, all that has changed since the amendments' enactment is that discretion has shifted from that of the parties (in the exercise of peremptory challenges) to the judge (in the "vigorous exercise" of the stand-aside power), this tends to affirm the amendments' procedural quality. As *Dineley* makes clear, "new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights" (para. 10 (emphasis added)). On our colleague's account, this is precisely what has occurred here: the substantive content of the right to a fair trial is unchanged, but the procedure by which it

l'accusé d'exclure un nombre limité de candidats jurés sans avoir à se justifier a miné sa participation au processus de sélection. En outre, nous sommes en désaccord avec notre collègue la juge Côté qui suggère, au par. 301 de ses motifs, que le fait que l'accusé s'appuie sur une procédure donnée crée un droit acquis à cette procédure. La jurisprudence a affirmé clairement depuis longtemps qu'il n'existe pas de droit acquis en procédure (*Wildman*, p. 331; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 95-96; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 802).

[100] De plus, si l'on s'en tient exclusivement aux droits substantiels réellement en jeu en l'espèce, à savoir les droits reconnus par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*, il est clair que la présence ou l'absence de récusations péremptoires ne leur porte pas atteinte. Au fil de l'histoire, l'accusé a eu droit à un nombre variable de récusations péremptoires et, juste avant leur abolition, ce nombre variait en fonction de la gravité de l'infraction. Par exemple, dans l'ancien régime de sélection des jurés, l'accusé de meurtre au premier degré pouvait exercer 20 récusations péremptoires, tandis qu'un accusé d'agression ne pouvait en exercer que 4. Or, chacun d'eux avait droit à un procès équitable, et ils l'obtenaient. C'est pourquoi l'argument selon lequel l'abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits substantiels en jeu doit échouer.

[101] Notre conclusion est renforcée par les points de vue de notre collègue la juge Abella, exprimés aux par. 159 à 166 de ses motifs. Si, comme elle l'affirme, le transfert du pouvoir discrétionnaire des parties (par l'exercice de récusations péremptoires) au juge (par l'« exerc[ice] vigoureu[x] » du pouvoir de mise à l'écart) est le seul changement qui a découlé de l'adoption des modifications législatives, cela tend à confirmer que ces modifications sont procédurales. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Dineley*, « [l]es nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n'ont pour leur part pas d'incidence sur le fond de ces droits » (par. 10 (nous soulignons)). Suivant notre collègue,

is delivered has changed. There is, consequently, no basis for construing these amendments as anything but procedural.

[102] Finally, the Court of Appeal placed great emphasis on the fact that a jury empanelled with peremptory challenges will necessarily be different than a jury empanelled without them. We accept this observation, which is not disputed by the parties. However, we see no basis to conclude that the mere fact that juries will necessarily be differently constituted in a world without peremptory challenges affects any of the accused's substantive rights to a fair trial, to an independent and impartial tribunal, or to a jury. To the contrary, this Court has expressly held that the accused has no right to a jury of a particular composition (*Kokopenace*, at para. 70).

[103] Accordingly, the amendments abolishing peremptory challenges are purely procedural and apply immediately to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019. They do not affect any of the accused's relevant substantive rights, namely the right to a fair trial, to an independent and impartial tribunal, or to a jury.

IV. Disposition

[104] We would allow the Crown's appeal, set aside the Court of Appeal's decision, and restore Mr. Chouhan's conviction. The abolition of peremptory challenges is purely procedural and therefore has retrospective application. It applies to all jury selection processes commencing on or after September 19, 2019, the date of the abolition's coming into force as part of Bill C-75. The statutory change is constitutional and we would dismiss Mr. Chouhan's cross-appeal challenging the constitutionality of the abolition of peremptory challenges.

voilà précisément ce qui s'est passé en l'espèce : le contenu substantiel du droit à un procès équitable est inchangé, mais la procédure par laquelle il est appliqué, elle, a changé. En conséquence, il n'est pas justifié d'interpréter ces modifications comme étant quoi que ce soit d'autre que des modifications procédurales.

[102] Finalement, la Cour d'appel a accordé une grande importance au fait qu'un jury constitué à la suite de récusations péremptoires serait forcément différent d'un jury constitué sans elles. Nous souscrivons à cette observation, qui n'est pas contestée par les parties. Cependant, nous ne voyons aucune raison de conclure que, simplement parce qu'un jury sera à coup sûr constitué différemment dans un monde sans récusations péremptoires, les modifications législatives ont porté atteinte aux droits substantiels de l'accusé à un procès équitable, à un tribunal indépendant ou à un jury. Au contraire, la Cour a expressément jugé que l'accusé n'a aucun droit à un jury d'une composition donnée (*Kokopenace*, par. 70).

[103] En conséquence, les modifications abolissant les récusations péremptoires sont purement procédurales et s'appliquent immédiatement à tous les processus de sélection du jury entrepris à compter du 19 septembre 2019. Elles ne portent pas atteinte aux droits substantiels pertinents de l'accusé, à savoir les droits à un procès équitable, à un tribunal indépendant et impartial et à un jury.

IV. Dispositif

[104] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Chouhan. L'abolition des récusations péremptoires est purement procédurale et s'applique donc rétroactivement. Elle s'applique à tous les processus de sélection des jurés entrepris à compter du 19 septembre 2019, date d'entrée en vigueur de l'abolition prévue par le projet de loi C-75. La modification législative est constitutionnelle et nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi incident par lequel M. Chouhan contestait la constitutionnalité de l'abolition des récusations péremptoires.

The reasons of Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

[105] MARTIN J. — For the reasons of my colleagues Justices Moldaver and Brown, I agree that the Crown’s appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed and Mr. Chouhan’s conviction restored. With respect, I part ways with my colleagues to the extent they suggest limits on how stand asides and challenges for cause may be developed under the new jury selection regime, particularly since we heard no submissions on those limits in the appeal. At this early stage in the development of the regime, and given that the proper use of these tools is not relevant to the outcome of the appeal, I would refrain from deciding their scope.

[106] As my colleagues explain, on 19 September 2019, a suite of reforms to the jury selection process in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, came into force (Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019). The changes sought to “make the jury selection process more transparent, promote fairness and impartiality, improve the overall efficiency of our jury trials, and foster public confidence in the criminal justice system” (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605).

[107] The reforms effected a significant and multi-pronged recalibration of the jury selection regime. At issue in this appeal is whether one of the changes — the elimination of peremptory challenges under s. 634 of the *Criminal Code* — is constitutionally valid. Bill C-75 made two further changes to the jury selection scheme: first, the trial judge’s stand-aside power under s. 633 of the *Criminal Code* was expanded to allow jurors to be stood by to maintain “public confidence in the administration of justice”; and, second, the role of trying challenges for cause was put into the hands of the trial judge rather than

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

[105] LA JUGE MARTIN — Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Moldaver et Brown, je suis d’avis que l’appel de la Couronne devrait être accueilli, l’appel incident rejeté et la déclaration de culpabilité de M. Chouhan rétablie. Avec égards, je me dissocie de mes collègues dans la mesure où ils suggèrent des limites à la façon dont pourraient évoluer les mises à l’écart et les récusations motivées dans le cadre du nouveau régime de sélection du jury, notamment parce qu’aucune observation quant à ces limites n’a été formulée à notre intention durant l’appel. À ce stade précoce de l’évolution du régime, et puisque ce qui constitue un recours approprié à ces outils n’est pas pertinent pour l’issue de l’appel, je m’abstiendrais de me prononcer sur leur portée.

[106] Comme l’expliquent mes collègues, le 19 septembre 2019, une série de réformes du processus de sélection du jury prévu au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, est entrée en vigueur (Projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2019). Les changements visaient à « rendr[e] le processus de sélection des jurés plus transparent, [à] favoris[er] l’équité et l’impartialité, [à] amélior[er] l’efficacité globale des procès devant jury et [à] renforç[er] la confiance du public dans le système de justice pénale » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19605).

[107] Les réformes ont donné lieu à un recalibrage important, et sur plusieurs aspects, du régime de sélection du jury. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si une des modifications — l’élimination des récusations péremptoires à l’art. 634 du *Code criminel* — est constitutionnelle. Le projet de loi C-75 a apporté deux autres modifications au régime de sélection du jury : premièrement, le pouvoir de mise à l’écart conféré au juge du procès par l’art. 633 du *Code criminel* a été accru pour permettre d’écarter des membres du jury afin de maintenir la « confiance du public envers

lay triers, with the option left open of excusing or standing aside a juror even after they are found acceptable on the challenge for cause (ss. 632, 633 and 640).

[108] During the legislative process, the Minister of Justice and her parliamentary secretary said Bill C-75 sought to enhance jury diversity (House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 103, 1st Sess., 42nd Parl., June 19, 2018, at pp. 2 and 8; *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, at p. 24108). On the stand-aside power specifically, the Minister of Justice stated in the House of Commons that “[t]he legislation will strengthen the power of judges to stand aside some jurors in order to make room for a more diverse jury that will in turn promote confidence in the administration of justice” (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, at p. 19605).

[109] I agree with my colleagues, Moldaver and Brown JJ., that Parliament was entitled to act on persistent concerns about the discriminatory use of peremptory challenges by abolishing them. For the reasons they give, the removal of peremptory challenges is constitutional. I also agree that the changes made by Bill C-75 were procedural in nature and apply immediately to ongoing proceedings.

[110] I further endorse the guidance Moldaver and Brown JJ. provide on the need for jury instructions on bias and the vital role such initiatives play in spurring juror introspection, self-consciousness and accountability. They rightly acknowledge that courts must take active steps throughout the proceedings to ensure decision-making is free of prejudice, myths and stereotypes. These aspects of my colleagues’ reasons are consistent with substantive equality and the principles established by this Court in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, *R. v. Barton*, 2019

l’administration de la justice »; et, deuxièmement, le rôle de trancher les récusations motivées a été confié au juge du procès plutôt qu’à des profanes. Le juge peut désormais dispenser ou mettre à l’écart un juré ou une jurée même si la personne a été jugée apte à occuper cette fonction dans le cadre d’une récusation motivée (art. 632, 633 et 640).

[108] Durant le processus législatif, la ministre de la Justice et son secrétaire parlementaire ont affirmé que le projet de loi C-75 visait à accroître la diversité des membres du jury (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 103, 1^{re} sess., 42^e lég., 19 juin 2018, p. 2 et 8; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1^{re} sess., 42^e lég., 28 novembre 2018, p. 24108-24109). Relativement au pouvoir de mise à l’écart spécifiquement, la ministre de la Justice a affirmé à la Chambre des communes que « [l]a loi renforcerait le pouvoir des juges d’écarter certains jurés afin d’obtenir un jury plus diversifié, ce qui en retour augmenterait la confiance du public à l’égard de l’administration de la justice » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, p. 19605).

[109] À l’instar de mes collègues les juges Moldaver et Brown, j’estime que le Parlement était autorisé à agir en réponse à des préoccupations persistantes quant à l’utilisation discriminatoire des récusations péremptoires en abolissant ces dernières. Pour les motifs qu’ils expriment, l’élimination des récusations péremptoires est constitutionnelle. Je suis également d’accord pour dire que les modifications apportées par le projet de loi C-75 étaient de nature procédurale et qu’elles s’appliquaient immédiatement aux instances en cours.

[110] Je souscris en outre aux indications que fournissent les juges Moldaver et Brown quant à la nécessité de donner des directives aux jurys sur les partis pris, et quant au rôle vital que jouent de telles initiatives en incitant les membres du jury à l’introspection, à la conscience de soi et à la responsabilité. Ils reconnaissent avec raison que les tribunaux doivent prendre des mesures actives tout au long de l’instance pour garantir que la prise de décision aura lieu sans faire appel aux préjugés, aux mythes et aux stéréotypes. Ces aspects des motifs de mes collègues

SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, and *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. Their guidance on these points reflects a contextualized approach that looks beyond overt and intentional discrimination to structural and unconscious bias that may undermine trial fairness, juror impartiality and equality for accused persons and victims.

[111] However, I part company with my colleagues in respect of their decision to go further and outline how they would approach the enhanced stand-aside power in s. 633 and the scope of questioning on challenges for cause. My colleagues reject the use of the stand-aside power to increase the likelihood that jurors from certain marginalized groups will be chosen to sit on the petit jury. They do so on the basis of “constitutional concerns” and practical problems they fear will arise if s. 633 is used in this way. They also caution against expanding the scope of questioning on challenges for cause.

[112] These issues are complex, multifaceted and immaterial to the outcome of this appeal. In my view, it is preferable not to address them here given the lack of direct assistance from the parties and scant jurisprudence from the lower courts on this matter. However, given that my colleagues have provided their views, I will comment briefly on some of the considerations that are relevant in interpreting the scope of stand asides and challenges for cause.

[113] With respect to the stand-aside power, I would caution against placing undue weight on the principle of random selection. Randomness plays a key role in the selection of juries (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525) and can be a means to advance jury representativeness and impartiality. However, randomness is neither an end in itself (*R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at p. 114, per Gonthier J.

sont compatibles avec l'égalité réelle et avec les principes établis par la Cour dans les arrêts *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, et *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Les recommandations qu'ils formulent à l'égard de ces éléments du dossier illustrent qu'ils ont adopté une approche contextualisée qui porte le regard au-delà de la discrimination manifeste et intentionnelle, soit sur les partis pris structurels et inconscients qui peuvent miner l'équité des procès, l'impartialité des membres du jury et l'égalité pour les personnes accusées ainsi que pour les victimes.

[111] Je me dissocie toutefois de la décision de mes collègues d'aller plus loin et de décrire leur interprétation du pouvoir accru de mise à l'écart prévu à l'art. 633 et de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées. Mes collègues rejettent le recours au pouvoir de mise à l'écart pour accroître la probabilité que des membres du jury provenant de certains groupes marginalisés soient choisis pour être membres du petit jury. Ils le font sur le fondement de « sérieuses questions d'ordre constitutionnel » et de problèmes pratiques qu'ils craignent de voir survenir si l'art. 633 était utilisé de cette façon. Ils mettent également en garde contre l'expansion de la portée de l'interrogatoire relatif aux récusations motivées.

[112] Ces questions sont complexes, comportent de multiples facettes et sont sans importance pour l'issue du présent appel. À mon avis, il est préférable de ne pas en traiter ici compte tenu de l'absence d'observations de la part des parties et de l'insuffisance de la jurisprudence des tribunaux d'instances inférieures sur le sujet. Cependant, puisque mes collègues ont exprimé leur opinion, je formulerai de brefs commentaires sur les considérations qui sont pertinentes pour interpréter la portée des mises à l'écart et des récusations motivées.

[113] En ce qui a trait au pouvoir de mise à l'écart, je mettrai en garde contre une approche qui accorde un poids indu au principe de la sélection aléatoire. Le caractère aléatoire joue un rôle clé dans la sélection du jury (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525) et il peut être un moyen de favoriser la représentativité et l'impartialité des membres du jury. Cependant, il n'est ni une fin en soi (*R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S.

(dissenting); *R. v. Brown* (2006), 219 O.A.C. 26, at para. 25) nor a freestanding constitutional imperative. The jury selection system is not and has never been one of pure random selection: challenges for cause, the Crown's former stand by power, and peremptory challenges each involve a departure from random selection.

[114] Further, in an unequal society, randomness may prevent deliberate exclusion while nonetheless producing discriminatory outcomes. This Court has recognized that “racial prejudice and discrimination are intractable features of our society” (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 1). Many systemic factors distort the composition of the roll, the composition of those who show up for jury duty, and the composition of those ultimately selected for the petit jury, leading to underrepresentation of certain groups at all stages (see, e.g., K. Roach, “Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 1; F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013); see also G. T. Rocco, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (June 2018) (online), at p. 11).

[115] It is open to Parliament to legislate to address these problems. Random selection from broad-based lists was established as a constitutional minimum in *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398. However, that case did not address whether Parliament could implement further measures for assuring representativeness and impartiality, including measures to deliberately *include* underrepresented groups. As long as such measures comply with the Constitution, the only question is what Parliament intended.

[116] Here, the words Parliament used to communicate its intention were “public confidence in the administration of justice”. In interpreting this

91, p. 114, le juge Gonthier (dissident); *R. c. Brown* (2006), 219 O.A.C. 26, par. 25), ni une exigence constitutionnelle autonome. Le système de sélection du jury n'est pas purement aléatoire et ne l'a jamais été. Les récusations motivées, l'ancien pouvoir de mise à l'écart de la Couronne et les récusations péremptoires impliquent chacun et chacune un écart par rapport à la sélection aléatoire.

[114] En outre, dans une société inégalitaire, le caractère aléatoire peut empêcher une exclusion délibérée tout en donnant lieu à des résultats discriminatoires. La Cour a reconnu que les « préjugés raciaux et [la] discrimination sont tenaces dans notre société » (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 1). De nombreux facteurs systémiques altèrent la composition de la liste, celle des personnes qui se présentent pour remplir la fonction de membre du jury, et celle des personnes qui sont ultimement choisies pour être membres du petit jury, ce qui entraîne une sous-représentation de certains groupes à toutes les étapes (voir, p. ex., K. Roach, « Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 1; F. Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013); voir aussi G. T. Rocco, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (juin 2018) (en ligne), p. 11).

[115] Il appartient au Parlement de légiférer pour régler ces problèmes. Une sélection aléatoire à partir de listes résultant d'un large échantillonnage constitue une norme constitutionnelle minimale établie par l'arrêt *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398. Cette cause n'a toutefois pas répondu à la question de savoir si le Parlement pouvait mettre en œuvre des mesures supplémentaires pour garantir la représentativité et l'impartialité, y compris des mesures pour *inclure* délibérément les groupes sous-représentés. Si ces mesures sont constitutionnelles, la seule question qui se pose est celle de l'intention du Parlement.

[116] En l'espèce, le Parlement a utilisé l'expression « confiance du public envers l'administration de la justice » pour communiquer son intention.

phrase, courts must take the perspective of “reasonable, well-informed members of the community, but not legal experts with in-depth knowledge of our criminal justice system” (*R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 5). It is true that the reasonable person will know of other safeguards in the jury selection process that seek to advance the independence and impartiality of the jury. However, an informed observer is also “taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community” (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 111, per Cory J.). Moreover, a reasonable observer is taken to be “properly informed about ‘the philosophy of the legislative provisions’” and *Charter* values (*R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 41, citing *R. v. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86, at para. 18; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 68; *St-Cloud*, at para. 79). Included among those values is substantive equality, “the animating norm of s. 15 of the *Charter*” (*Barton*, at para. 202). The reasonable observer would be aware that the amendments in Bill C-75 respond to long-standing concerns about inadequate Indigenous representation on juries and the resulting impacts on public confidence. Those concerns were articulated by the Manitoba Aboriginal Justice Inquiry in 1991 in relation to the case of Helen Betty Osbourne (Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osbourne and John Joseph Harper* (1991), at pp. 85-88) and carry through to the present day (Roach (2020), at p. 13).

[117] I acknowledge that departing from randomness by using the stand-aside power to enhance diversity may give rise to practical challenges. However, those problems should not be overstated. The mischief targeted by Parliament was the all-too-common incidence of all-white juries in trials involving Indigenous and racialized accused persons or victims *in spite of* the diversity of the local

Lorsqu’ils interprètent cette expression, les tribunaux doivent adopter le point de vue de la « personne raisonnable et bien informée de la collectivité, mais qui n’est pas un juriste possédant une connaissance approfondie de notre système de justice criminelle » (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 5). Certes, la personne raisonnable connaît les autres mesures de protection dont est assorti le processus de sélection du jury et qui visent à favoriser l’indépendance et l’impartialité du jury. Cependant, une personne raisonnable et bien informée est « censée [...] connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l’ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 111, le juge Cory). De plus, cette personne est censée être « bien informée [TRADUCTION] “de la philosophie des dispositions législatives” » et des valeurs consacrées par la *Charte* (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 97 B.C.A.C. 86, par. 18; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 68; *St-Cloud*, par. 79). Une de ces valeurs est l’égalité réelle, « la norme sous-tendant l’art. 15 de la *Charte* » (*Barton*, par. 202). La personne raisonnable est censée savoir que les modifications apportées par le projet de loi C-75 répondent à des préoccupations de longue date quant à la représentation inadéquate des Autochtones parmi les membres du jury et des incidences de cette réalité sur la confiance du public. Ces préoccupations ont été énoncées par la Manitoba Aboriginal Justice Inquiry en 1991 relativement à la cause d’Helen Betty Osbourne (Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osbourne and John Joseph Harper* (1991), p. 85-88) et perdurent jusqu’à nos jours (Roach (2020), p. 13).

[117] Je reconnais que le fait de s’éloigner du caractère aléatoire en utilisant le pouvoir de mise à l’écart pour accroître la diversité peut donner lieu à des défis sur le plan pratique. Il ne faudrait toutefois pas exagérer ces problèmes. Le mal que visait le Parlement était celui de l’existence combien trop fréquente de jurys constitués exclusivement de Blancs dans des procès où les personnes accusées ou les

community. It is obvious that Parliament had no intention of requiring judges to guarantee that every jury represents a “national ideal of Canadian diversity . . . irrespective of the particular diversity of the local community” (reasons of Moldaver and Brown JJ., at para. 75). Section 633 does not impose rigid requirements respecting the precise composition of the jury, but rather confers a broad and flexible discretion that can be tailored to the circumstances in which it is exercised.

[118] In my respectful view, the question of whether and to what extent the stand-aside power can be used to enhance jury diversity should be left to another day when it is squarely before us. My colleagues’ resolution of the main issue on this appeal — whether the elimination of peremptory challenges is constitutional — does not require them to impose limits on the stand-aside power. We heard no argument on the practical challenges of using stand asides in this way, and it has not been clearly shown that those challenges are constitutional in nature or insurmountable in practice. Determining the standard to maintain “public confidence in the administration of justice” raises complexities not fully aired here and it is inappropriate to decide them in this appeal.

[119] With respect to challenges for cause, I agree with my colleagues Moldaver and Brown JJ. that *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), does not describe the only questions available on a challenge for cause. Indeed, trial judges are afforded the latitude to depart from the *Parks*-style formula where appropriate to ensure juror impartiality. This Court has encouraged trial judges to “err on the side of caution and permit prejudices to be examined” through the challenge for cause process (*Williams*, at para. 22; see also *Parks*, at p. 335, and *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 45).

victimes sont autochtones et racisées, *en dépit de la diversité de la communauté locale*. Il est évident que le Parlement n’avait pas l’intention d’exiger des juges qu’ils garantissent que chaque jury représente « un idéal national de diversité canadienne [. . .] sans égard pour la diversité particulière de la communauté locale » (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 75). L’article 633 n’impose pas d’exigences rigides quant à la composition précise du jury; il confère plutôt un pouvoir discrétionnaire large et souple qui peut être adapté aux circonstances dans lesquelles il est exercé.

[118] Selon moi, la question de savoir si le pouvoir de mise à l’écart peut être utilisé pour accroître la diversité du jury, et dans quelle mesure il doit l’être, ne devrait être traitée que lorsque nous en serons clairement saisis. Pour répondre à la question principale que pose le présent appel — soit celle de savoir si l’élimination des récusations péremptoires est constitutionnelle —, mes collègues n’ont pas à imposer des limites au pouvoir de mise à l’écart. Aucun argument n’a été porté à notre attention quant aux défis pratiques que poserait un tel recours aux mises à l’écart, et il n’a pas été clairement démontré que ces défis sont de nature constitutionnelle ou qu’ils sont insurmontables concrètement. Fixer la norme pour maintenir « la confiance du public envers l’administration de la justice » soulève des questions complexes dont il n’a pas été pleinement traité ici et il est inapproprié d’y répondre dans le contexte du présent appel.

[119] En ce qui a trait aux récusations motivées, je conviens avec mes collègues Moldaver et Brown que l’arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), ne dresse pas une liste exhaustive des questions qui peuvent être posées lors d’une récusation motivée. En effet, le juge du procès dispose de la latitude nécessaire pour s’écarter de la formulation du type de celle prescrite par l’arrêt *Parks* lorsqu’il est approprié de le faire pour garantir l’impartialité des membres du jury. La Cour a encouragé le juge du procès à « pécher par excès de prudence et [à] permettre d’examiner les préjugés » au moyen du processus de récusations motivées (*Williams*, par. 22; voir aussi *Parks*, p. 335, et *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 45).

[120] It is true that when questioning prospective jurors on their biases, the privacy interests of those persons must be respected (*Kokopenace*, at para. 74, per Moldaver J.; at para. 156, per Karakatsanis J.; and at para. 227, per Cromwell J. (dissenting but not on this point)). With good reason, this Court has explicitly declined to adopt the kind of highly intrusive questioning for challenges for cause that can be seen in the United States (*Find*, at para. 27). Yet privacy is just one interest to be weighed against others (*V. MacDonnell*, “The Right to a Representative Jury: Beyond *Kokopenace*” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334, at p. 346).

[121] This Court has also warned against setting a threshold for accessing challenges for cause that “would catch only the grossest forms of racial prejudice” (*Williams*, at para. 39). Indeed, some scholars question whether the *Parks* formula captures anything beyond “the grossest forms of racial prejudice”, and whether it fosters the kind of introspection and self-consciousness it should (see K. Roach, *Canadian Justice, Indigenous Justice: The Gerald Stanley and Colten Boushie Case* (2019), at p. 92; D. M. Tanovich, “The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 656, at p. 683). Ultimately, in deciding whether to allow challenges for cause and in settling on the form of permissible questioning, courts must be allowed to exercise their discretion in accordance with the wording and purpose of s. 638(1)(b), the accused’s right to a fair and impartial tribunal, and *Charter* values, including substantive equality (*Williams*, at para. 49).

[122] In my view, the Court should not use this case to circumscribe how judges may apply these recently-amended procedures. For the purpose of disposing of the constitutional issue before us, it is unnecessary to prescribe limits on how stand asides and challenges for cause may be used. Nor did we have the benefit of full submissions on whether those limits are appropriate. In the absence of argument on these issues, this Court should not make a ruling on them, especially one which might have the effect

[120] Certes, en interrogeant des membres possibles du jury sur leurs partis pris, il faut respecter leur droit à la vie privée (*Kokopenace*, par. 74, le juge Moldaver; par. 156, la juge Karakatsanis; et par. 227, le juge Cromwell (dissident, mais pas sur ce point)). Avec raison, la Cour a explicitement refusé d’adopter, dans le cadre des récusations motivées, le type d’interrogatoire hautement intrusif qu’on retrouve aux États-Unis (*Find*, par. 27). Cela dit, le respect de la vie privée n’est qu’un des droits à mettre en balance avec d’autres (*V. MacDonnell*, « The Right to a Representative Jury : Beyond *Kokopenace* » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334, p. 346).

[121] La Cour a également mis en garde contre le fait de fixer un seuil donnant ouverture aux récusations motivées qui « ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux » (*Williams*, par. 39). En effet, certains auteurs se demandent si la formulation prescrite par l’arrêt *Parks* vise davantage que « les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux », et si elle favorise le type d’introspection et de conscience de soi qu’elle devrait favoriser (voir K. Roach, *Canadian Justice, Indigenous Justice : The Gerald Stanley and Colten Boushie Case* (2019), p. 92; D. M. Tanovich, « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 656, p. 683). En définitive, lorsqu’ils décident d’autoriser ou non les récusations motivées et lorsqu’ils se prononcent sur la forme de l’interrogatoire permis, les tribunaux doivent être libres d’exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément au libellé et à l’objet de l’al. 638(1)(b), au droit de la personne accusée à un tribunal équitable et impartial, et aux valeurs protégées par la *Charte*, y compris l’égalité réelle (*Williams*, par. 49).

[122] À mon avis, la Cour ne devrait pas utiliser la présente cause pour circonscrire l’usage que pourront faire les juges de ces procédures récemment modifiées. Pour trancher la question constitutionnelle dont nous sommes saisis, il n’est pas nécessaire de fixer des limites à la façon de recourir aux mises à l’écart et aux récusations motivées. Nous n’avons en outre pas eu le bénéfice d’observations complètes sur l’à-propos de ces limites. En l’absence de telles observations, la Cour devrait s’abstenir de se prononcer

of foreclosing the use of the new stand-aside power for purposes that were contemplated by Parliament.

[123] Any premature determination is fraught with risks, but those risks are magnified when, as here, Parliament has chosen to depart from long-standing past practice to significantly alter how juries are chosen. The knock-on effects of these changes cannot currently be foreseen. As such, given that issues around the proper use of s. 633 and the scope of questioning on challenges for cause have not been directly raised, the preferable process would be for this Court to wait and see how the interlocking pieces of this new statutory regime work together in practice before weighing in with limits on how they may be used. In my respectful view, a cautious approach is advisable to allow the new regime to develop organically and as intended, rather than dictating restrictive rules that hedge in the further development of safeguards designed to enhance fairness and impartiality.

The following are the reasons delivered by

[124] ROWE J. — I agree with my colleagues Moldaver and Brown JJ. that the abolition of peremptory challenges is constitutionally valid and that the legislative change is purely procedural and has retrospective application. I would adopt their reasons. However, I am compelled to write separately on the risk that constitutionalizing statutory provisions through the jurisprudence poses. I am in agreement with my colleagues on their explanation of the role of courts with respect to policy decisions made by Parliament in the context of an analysis under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Moldaver and Brown JJ.’s reasons, at para. 84). My wish here is to expand on this issue.

[125] Section 11(d) of the *Charter* protects the right of an accused “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public

sur la question, surtout en rendant une décision qui pourrait empêcher le recours au nouveau pouvoir de mise à l’écart pour les fins que visait le Parlement.

[123] Toute décision prématurée comporte des risques. Ceux-ci sont toutefois accrus lorsque, comme ici, le Parlement a choisi d’écarter une pratique passée de longue date pour modifier considérablement comment les jurys sont choisis. Il est actuellement impossible de prévoir les répercussions de ces changements. Ainsi, puisque les questions relatives au recours approprié à l’art. 633 et à la portée de l’interrogatoire dans le cadre des récusations motivées n’ont pas été directement soulevées, il serait préférable que la Cour attende et constate comment les éléments interreliés de ce nouveau régime législatif agissent les uns par rapport aux autres en pratique avant d’imposer des limites à leur utilisation. Avec égards, je suis d’avis qu’il est souhaitable d’adopter une approche prudente pour que le nouveau régime puisse évoluer de manière organique et comme prévu, plutôt que de prescrire des règles restrictives qui entravent l’évolution future de mesures de protection conçues pour accroître l’équité et l’impartialité.

Version française des motifs rendus par

[124] LE JUGE ROWE — À l’instar de mes collègues les juges Moldaver et Brown, je suis d’avis que l’abolition des récusations péremptoires est valide sur le plan constitutionnel et que cette modification législative est purement procédurale et s’applique rétrospectivement. J’adhère donc à leurs motifs. Toutefois, je suis contraint d’écrire séparément sur le risque que pose la constitutionnalisation de dispositions législatives par la jurisprudence. Je souscris à l’explication de mes collègues quant au rôle des tribunaux — dans le contexte d’une analyse fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* — relativement au respect des décisions de politique prises par le Parlement (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 84). Je souhaite toutefois ajouter quelques commentaires sur la question.

[125] L’alinéa 11d) de la *Charte* protège le droit d’un accusé « d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi,

hearing by an independent and impartial tribunal”. Section 11(f) of the *Charter* constitutionalizes “the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment”. These provisions give an accused the right to benefit from a fair trial by an independent and impartial jury (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, per McLachlin J. (as she then was); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1313-1314). However, one must bear in mind that “a fair trial does not, however, guarantee the most favourable procedures imaginable” (*R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 30; see also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at p. 921; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 67).

[126] These *Charter* provisions protect the fundamental rights of an accused, but do not mandate *specific* procedural mechanisms to give effect to them. The contrary view, expressed indirectly by various parties, is that statutory provisions adopted by Parliament to give effect to these rights are themselves constitutionally protected, such that it is beyond the competence of Parliament to repeal them. Constitutionalizing the specific statutory provisions by which Parliament gives effect to constitutional rights is misguided. It is not for the courts to substitute their policy preferences for those of the legislature; rather courts should limit themselves to deciding whether in the result constitutional protections have been infringed.

[127] Peremptory challenges are one way in which the right to trial by jury is operationalized. Having judges decide challenges for cause rather than lay triers is another. Adopting, amending or repealing such procedures raises no constitutional issue unless thereby trials by jury become unfair and fall short of the constitutional guarantee to a fair trial. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, incorporates such mechanisms to give operational effect to these

par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable ». L’alinéa 11f) de la *Charte* constitutionnalise le droit d’un accusé « de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave ». Ces dispositions confèrent le droit à l’accusé de bénéficier d’un procès équitable tenu devant un jury indépendant et impartial (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193, la juge McLachlin (plus tard juge en chef); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1313-1314). Cela dit, il faut garder à l’esprit qu’un « procès équitable ne garantit toutefois pas les procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer » (*R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 30; voir aussi, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, p. 921; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 67).

[126] Ces dispositions de la *Charte* protègent les droits fondamentaux de l’accusé, mais elles n’imposent pas de mécanismes procéduraux *spécifiques* pour leur donner effet. Selon l’opinion contraire, exprimée indirectement par plusieurs parties, les dispositions législatives adoptées par le Parlement pour donner ainsi effet à ces droits seraient elles-mêmes protégées par la Constitution, de sorte que le législateur ne serait pas compétent pour les abroger. La constitutionnalisation de dispositions législatives spécifiques par lesquelles le Parlement donne effet à des droits constitutionnels est malavisée. Il n’appartient pas aux tribunaux de substituer leurs préférences quant aux décisions de politique à celles du législateur; ils doivent plutôt se limiter à décider si les mesures législatives en cause ont entraîné la violation de droits protégés par la Constitution.

[127] Les récusations péremptoires sont un moyen de mettre en œuvre le droit à un procès avec jury. Confier aux juges plutôt qu’à des profanes les décisions quant au bien-fondé des récusations en est un autre. Le fait d’adopter, de modifier ou d’abroger de telles procédures ne soulève pas de question constitutionnelle à moins que, ce faisant, les procès avec jury deviennent inéquitable et ne satisfassent plus au droit constitutionnel qu’a l’accusé à un procès

rights. But such mechanisms are not, themselves, constitutionally protected; rather, they are merely modalities, chosen among various others. As the Attorney General of Manitoba pointed out in its factum, the *Charter* does not “crystallise any . . . procedure . . . [n]or . . . freeze in time the jury trial, along with its procedural trappings . . . as they existed in 1982” (I.F., para. 28). As the Crown argued:

While the exercise of peremptory challenges may have had subjective value for the accused by enhancing his or her perception of fairness, there is a crucial distinction between that concept and the essential characteristics of the jury system that are constitutionally protected. Even if peremptory challenges had some benefits, such benefits are not guaranteed under the *Charter*.

(R.F., at para. 37)

For the reasons that follow, I will explain why courts should not constitutionalize statutory provisions.

I. Analysis

[128] Our Constitution is written and unwritten (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 92). A structural analysis of the underlying principles of our Constitution can inform and assist in the proper interpretation of constitutional provisions (*Re Secession*, at paras. 49-54, see also M. Rowe and N. Déplanche, “Canada’s Unwritten Constitutional Order: Conventions and Structural Analysis” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 431, at p. 437). In the present case, two of these principles can shed light on the issue of *Charter* compliance: first, the separation of powers, and second, parliamentary sovereignty, an expression of the fundamental principle of democracy.

équitable. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, incorpore de tels mécanismes afin de donner effet à ces droits. Cependant, de tels mécanismes ne sont pas, eux-mêmes, protégés par la Constitution; ils ne constituent que des modalités, choisies parmi diverses autres. Comme l’a souligné le procureur général du Manitoba dans son mémoire, la *Charte* ne [TRADUCTION] « cristallise aucune procédure [. . .] [n]i [. . .] ne fige le procès avec jury dans le temps, avec les défauts de nature procédurale [. . .] qui existaient en 1982 » (m. interv., par. 28). Comme la Couronne l’a plaidé :

[TRADUCTION] S’il est vrai que le recours aux récusations péremptoires a pu avoir une valeur subjective pour l’accusé en rehaussant sa perception d’équité, il existe une distinction cruciale entre ce concept et les caractéristiques essentielles du système avec jury qui sont protégées par la Constitution. Même si les récusations péremptoires avaient certains avantages, ces derniers ne sont pas protégés par la *Charte*.

(m.i., par. 37)

Par les motifs qui suivent, je vais expliquer pourquoi les tribunaux devraient s’abstenir de constitutionnaliser des dispositions législatives.

I. Analyse

[128] Notre Constitution est à la fois écrite et non écrite (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 92). Une analyse structurelle des principes sous-jacents de notre Constitution peut renseigner et aider à interpréter comme il se doit les dispositions constitutionnelles (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 49-54; voir aussi M. Rowe et N. Déplanche, « Canada’s Unwritten Constitutional Order : Conventions and Structural Analysis » (2020), 98 *R. du B. can.* 431, p. 437). En l’espèce, deux de ces principes peuvent jeter un éclairage sur la question du respect de la *Charte* : premièrement, la séparation des pouvoirs et, deuxièmement, la souveraineté parlementaire, une expression du principe fondamental de démocratie.

A. *Separation of Powers: the Courts and the Legislature*

[129] Constitutionalizing statutory provisions is contrary to the separation of powers between the legislature and the judiciary. The separation of powers has been described by this Court as the “backbone of our constitutional system” (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 3).

[130] While the legislature “chooses the appropriate response to social problems, makes policy decisions and enacts legislation”, the judiciary “interprets and applies the law, . . . acts as judicial arbiters” and ensures that laws and government action conform to constitutional norms (G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), p. 105, § 3.131, referring to *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 28; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at para. 39). The legislative and judicial branches have distinct roles and institutional capacities (*Criminal Lawyers’ Association*, at para. 29). Accordingly, as McLachlin J. (as she then was) explained in *New Brunswick Broadcasting Co.*:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other. [Emphasis added; p. 389.]

[131] This is so because courts are “not fitted” to get “involved in a review of legislative policy”

A. *La séparation des pouvoirs : le judiciaire et le législatif*

[129] Constitutionnaliser des dispositions législatives contrevient à la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Or, la séparation des pouvoirs a été décrite par la Cour comme « la base de notre système constitutionnel » (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 3).

[130] Tandis que le législateur [TRADUCTION] « choisit la réponse qui convient aux problèmes sociaux, prend les décisions de politique et adopte les lois », les tribunaux « interprètent et appliquent les lois, [. . .] agissent à titre d’arbitres judiciaires » et s’assurent que les lois et l’action gouvernementale respectent les normes constitutionnelles (G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2^e éd. 2017), p. 105, § 3.131, renvoyant à *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, par. 39). Les branches législative et judiciaire jouent des rôles distincts et ont des attributions institutionnelles qui leur sont propres (*Criminal Lawyers’ Association*, par. 29). Ainsi, comme l’a expliqué la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l’organisme législatif, l’exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l’ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu’aucune de ces branches n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre. [Je souligne; p. 389.]

[131] Il en est ainsi parce que les tribunaux « n[e] [sont] pas fait[s] » pour « assumer une fonction de

(*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.*), [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 392, per Le Dain J.). In a similar vein, McIntyre J., dissenting in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, said a judge cannot strike down legislation merely because the legislature's decision is bad policy: "Parliament has the necessary resources and facilities to make a detailed inquiry [and] has the capacity to make a much more extensive inquiry into matters concerning social policy than has the Court" (p. 1101). As McIntyre J. held in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 493, "it is not for the Court . . . to postulate some alternative which in its view would offer a better solution to the problem, for to do so is to enter the legislative field" (see also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 796 and 801, per La Forest J., concurring).

[132] Therefore, with respect to the *Charter*, the role of the courts "is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 194, per La Forest J., concurring, see also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1199, per Lamer J. (as he then was); *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 136).

[133] When "struggling with questions of social policy and attempting to deal with conflicting [social] pressures, 'a legislature must be given reasonable room to manoeuvre'" (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 627, citing *Edwards Books*, at p. 795, see also H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 825, para. X.54). Parliament has better knowledge of social problems and is better equipped to deal with such problems through legislation (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61). Therefore, democratically elected legislatures are in a better position to weigh competing interests and evaluate policy options for complex

contrôle de politiques législatives » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 392, le juge Le Dain). Dans le même ordre d'idées, le juge McIntyre, dissident dans *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, a affirmé qu'un juge ne peut pas invalider une loi uniquement parce que la décision du législateur est mauvaise sur le plan des décisions de politique : « [l]e Parlement dispose des ressources et des instruments nécessaires pour effectuer des enquêtes détaillées [et] [i]l est beaucoup mieux en mesure qu'un tribunal de procéder à un examen approfondi des questions relatives aux politiques sociales » (p. 1101). Comme l'a conclu le juge McIntyre dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 493, « il n'appartient pas à la Cour [. . .] de formuler une autre possibilité qui, à son avis, offrirait une meilleure solution au problème, car ce serait empiéter sur le domaine législatif » (voir aussi *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 796 et 801, le juge La Forest, opinion concordante).

[132] Par conséquent, en ce qui a trait à la *Charte*, le rôle des tribunaux « est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, le juge La Forest, opinion concordante; voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1199, le juge Lamer (plus tard juge en chef); *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136).

[133] « [L]orsqu'il affronte des questions de politique sociale et tente de répondre aux pressions opposées », « le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable » (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 627-628, citant *Edwards Books*, p. 795; voir aussi H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 815, par. X.54). Le législateur a une meilleure connaissance des problèmes sociaux et dispose de meilleurs outils pour y faire face au moyen de lois (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761). Ainsi, les assemblées législatives élues démocratiquement sont mieux placées pour soulever les intérêts opposés relativement à des questions

social issues (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993). In our constitutional democracy, legislatures must have the means to respond to societal changes through ordinary statutes (W. R. Lederman, “Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1, at p. 2).

[134] Constitutionalizing statutory provisions elides and curtails the role of legislatures in the operationalization of the *Charter*. While it is for the courts to serve as final arbiters in the interpretation of the *Charter*, they “do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms” (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 58). Legislatures are indispensable to secure, protect and promote *Charter* rights (G. Webber et al., *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (2018), at p. 25). While the adoption of the *Charter* affected the relationship and powers of the legislature and the courts, they remain “partners and not rivals in the total process of delivering justice under the rule of law to the people” (Lederman, at p. 24). This is why the relation between courts and legislatures has been described as one of dialogue among branches, in which legislatures can respond to the courts (*Vriend*, at para. 138). Removing legislatures’ ability to repeal or modify statutory provisions is inconsistent with this dialogic partnership.

[135] The different institutional roles and capacities of the judicial and legislative branches have an impact on the remedies courts can order upon finding that a law is unconstitutional. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that

[w]hile the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it, it is the legislature’s responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution’s requirements. It

sociales complexes et évaluer les différentes options de politique pour y faire face (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993). Dans notre démocratie constitutionnelle, le législateur doit disposer des moyens pour réagir aux changements sociaux en adoptant des lois ordinaires (W. R. Lederman, « Democratic Parliaments, Independent Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1, p. 2).

[134] La constitutionnalisation de dispositions législatives écarte et restreint le rôle du législateur pour donner effet à la *Charte*. Bien qu’il appartienne aux tribunaux d’agir à titre d’arbitres ultimes pour l’interprétation de la *Charte*, ils « n’ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 58). Le législateur est indispensable pour garantir, protéger et promouvoir les droits visés par la *Charte* (G. Webber et autres, *Legislated Rights : Securing Human Rights through Legislation* (2018), p. 25). Certes, l’adoption de la *Charte* a modifié la relation entre le législateur et les tribunaux, de même que leurs pouvoirs; ils demeurent malgré tout [TRADUCTION] « des partenaires et non des rivaux dans le processus global visant à rendre la justice pour la population dans le respect de la primauté du droit » (Lederman, p. 24). C’est pourquoi la relation entre les tribunaux et les assemblées législatives a été décrite comme un dialogue entre les branches de l’État, où ces assemblées peuvent répondre aux tribunaux (*Vriend*, par. 138). Éliminer la capacité de ces dernières d’abroger ou de modifier des dispositions législatives est incompatible avec ce partenariat dialogique.

[135] Les rôles et les capacités institutionnels différents des pouvoirs judiciaire et législatif ont une incidence sur les mesures de réparation que les tribunaux sont en mesure d’ordonner lorsqu’ils concluent qu’une loi est inconstitutionnelle. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a jugé que

[m]ême si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d’adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de

should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [p. 169]

Recently, in *Ontario (A.G.) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, Karakatsanis J., writing for the majority, stated at para. 114:

... if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. *Schachter* cautioned that tailored remedies should only be granted where it can be fairly assumed that “the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part” and where it is possible to precisely define the unconstitutional aspect of the law (p. 697, citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). If it appears unlikely that the legislature would have enacted the tailored version of the statute, tailoring the remedy would not conform to its policy choice and would therefore undermine parliamentary sovereignty (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679], at pp. 705-6; *Hunter* at p. 169).

[136] Being mindful of the separation of powers, this Court recognized in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96, that when “there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of [a] current system, [i]t is not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished” (see also: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at pp. 392-93; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 34; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. loose-leaf), ¶3.740). Thus, even if repealing a legislative scheme produces unconstitutional effects, this does not mean that Parliament is “constitutionally required to keep [it] on the books” (*Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 33). Rather, Parliament has latitude to select the means to correct this constitutional defect.

la Constitution. Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [p. 169]

Récemment, au par. 114 de l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, la juge Karakatsanis a écrit, au nom des juges majoritaires :

... si les circonstances ne se prêtent pas à l’octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a précisé que des réparations adaptées ne devraient être accordées que s’il est très plausible de présumer que « le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » et qu’il est possible de définir avec précision la partie inconstitutionnelle de la loi (p. 697, citant *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). S’il semble peu probable que le législateur aurait édicté la version adaptée de la loi, l’adaptation de la réparation ne serait pas conforme à son choix de politique et porterait donc atteinte à la souveraineté parlementaire (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 705-706; *Hunter*, p. 169).

[136] Soucieuse de la séparation des pouvoirs, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96, que lorsque « le gouvernement dispose d’une myriade de solutions susceptibles de remédier à l’inconstitutionnalité du régime actuel, [il] n’appartient pas à notre Cour de lui dicter le moyen à prendre » (voir aussi : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 392-393; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 34; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), ¶3.740). Ainsi, même si l’abrogation d’un régime législatif produit des effets inconstitutionnels, cela ne signifie pas que le Parlement ait « l’obligation constitutionnelle de [le] garder en vigueur » (*Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 33). Il a plutôt la latitude de choisir comment corriger cette inconstitutionnalité.

[137] In sum, courts should not overstep their role when assessing whether statutory regimes comply with the requirements of the *Charter*: “While it is the role of the courts to specify [constitutional] standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards” (*Mills*, at para. 59). Consequently, constitutionalizing statutory regimes, thereby preventing legislatures from modifying or repealing them, would be contrary to the separation of powers.

B. *Parliamentary Sovereignty and Democracy*

[138] Constitutionalizing statutory provisions would also be in conflict with the principle of parliamentary sovereignty, a cornerstone of our Constitution (Régimbald and Newman, at p. 73, § 3.60). This unwritten principle has been defined in the English context as follows:

The principle of Parliamentary Sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.

(*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 54, citing A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 39-40 and 55)

[139] This principle is not absolute. It is qualified by our federal structure, by the rights and freedoms protected by the *Charter* and by Aboriginal and treaty rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at paras. 56-57, see also *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 91; Régimbald and Newman, at p. 70, § 3.64).

[140] Parliamentary sovereignty entails the rule that “neither Parliament nor the legislatures can, by ordinary legislation, fetter themselves against some

[137] En somme, les tribunaux doivent s’abstenir d’outrepasser leur rôle lorsqu’ils examinent si les régimes législatifs satisfont aux exigences de la *Charte* : « Bien qu’il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes [constitutionnelles], il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont » (*Mills*, par. 59). En conséquence, constitutionnaliser des régimes législatifs, empêchant ainsi le Parlement de les modifier ou de les abroger, contreviendrait à la séparation des pouvoirs.

B. *La souveraineté parlementaire et la démocratie*

[138] Le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives contreviendrait aussi au principe de la souveraineté parlementaire, un pilier de notre Constitution (Régimbald et Newman, p. 73, § 3.60). Ce principe non écrit a été défini comme suit dans le contexte anglais :

[TRADUCTION] Le principe de la souveraineté parlementaire veut tout simplement dire que le Parlement, ainsi défini, a, en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d’abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler.

(*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54, qui cite A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), p. 39-40 et 55)

[139] Ce principe n’est pas absolu. Il est limité par notre structure fédérale, par les droits et libertés protégés par la *Charte* et par les droits ancestraux ou issus de traités reconnus au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 56-57; voir aussi *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 91; Régimbald et Newman, p. 70, § 3.64).

[140] La souveraineté parlementaire suppose l’existence de la règle selon laquelle il est « interdit au Parlement et aux législatures d’entraver, par

future legislative action” (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 119, referring to P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 12-8 et seq., see also *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 25). Thus, subject to limits imposed by the Constitution, the legislature can legislate as it so chooses. Accordingly, Parliament’s capacity to enact legislation also encompasses the capacity to repeal it. This feature of the Constitution means that “in a democratic society important public policy choices should be made in the elected legislative assemblies” (Hogg, at p. 12-7).

[141] Parliamentary sovereignty is an expression of a more fundamental principle: democracy. Constitutionalizing statutory provisions undermines the democratic principle, whereby citizens participate in making laws through public institutions created under the Constitution (*Reference re Secession*, at paras. 61-69). The wisdom of political choices should be left to such institutions that are accountable to the public through electoral processes (Lederman, at pp. 10-11). As Harding and Knopff explain, “the democratic side of a ‘constitutional democracy’ can persist only if some publicly important issues lie beyond the reach of the legal Constitution — only, that is, if we do not constitutionalize everything” (M. S. Harding and R. Knopff, “Constitutionalizing Everything: The Role of ‘Charter Values’” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141, at p. 143).

[142] The concept that once certain statutory provisions are enacted, Parliament is constitutionally prevented from repealing them, is flawed. As the Ontario Court of Appeal stated in *Ferrel v. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97, “[i]t would be ironic . . . if legislative initiatives . . . , once enacted, become frozen into provincial law and susceptible only of augmentation and immune from curtailing amendment or outright repeal without s. 1 justification” (p. 110). Preventing Parliament from repealing a statutory

une loi ordinaire, l’exercice futur de leur pouvoir de légiférer » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 119, référant à P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 12-8 et suiv.; voir aussi *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 25). Ainsi, sous réserve des limites prescrites par la Constitution, le législateur peut légiférer comme il le souhaite. Son pouvoir d’adopter des lois comprend donc également celui de les abroger. Cette caractéristique de la Constitution signifie que [TRADUCTION] « dans une société démocratique, il revient aux assemblées législatives élues de faire les choix importants de politique publique » (Hogg, p. 12-7).

[141] La souveraineté parlementaire est une expression d’un principe plus fondamental : la démocratie. Ainsi, le fait de constitutionnaliser des dispositions législatives mine le principe de démocratie, selon lequel les citoyens participent à l’élaboration des lois par l’intermédiaire d’institutions publiques créées conformément à la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 61-69). La sagesse des choix politiques devrait être laissée à ces institutions qui en assument la responsabilité publique par le truchement des processus électoraux (Lederman, p. 10-11). Comme les auteurs Harding et Knopff l’expliquent, [TRADUCTION] « l’aspect démocratique d’une “démocratie constitutionnelle” ne peut persister que si certaines questions importantes pour le public restent hors de la portée de la Constitution légale — autrement dit, que si nous ne constitutionnalisons pas tout » (M. S. Harding et R. Knopff, « Constitutionalizing Everything : The Role of “Charter Values” » (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 141, p. 143).

[142] Le concept selon lequel une fois que certaines dispositions législatives sont adoptées, la Constitution interdit au législateur de les abroger est vicié. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Ontario dans *Ferrel c. Ontario*, [1998] 42 O.R. (3d) 97, [TRADUCTION] « [i]l serait ironique [. . .] que les initiatives législatives [. . .], une fois adoptées, soient gelées dans le droit provincial, susceptibles uniquement d’être revues à la hausse, et à l’abri de toute modification restrictive ou d’une abrogation

provision, and (in effect) incorporating its content into the *Charter* would undermine Parliamentary sovereignty.

[143] While a right to a fair and public jury trial, as a practical matter, calls for certain positive measures by Parliament, this is different from the proposition that every significant statutory provision with respect to jury trials is elevated to constitutional status. The *Charter* protects the right of the accused to a fair trial by a jury; it does not enshrine particular procedures chosen by Parliament.

[144] Addressing this problem, Lederman wrote:

The general standards of an entrenched *Charter of Rights and Freedoms* are frequently heavily dependent on detailed implementation by ordinary statutes and regulations, and, at this latter ordinary level, legitimate alternatives and exceptions may appear and require dealing with. Often, the specific reforms people want are available by ordinary statutory actions at either the provincial or federal level and are not basic constitutional issues at all, or at least should not be. The point is that if we characterize too many things as constitutional, we put too much of potential legal change to meet societal needs beyond the reach of the flexible statutory means of change. It is at times difficult enough to get an ordinary statute through in response to some urgent need for new legal measures. For those who would change or add to superior constitutional law, the problem of limiting what is to be considered “constitutional” in this sense is very real. The limits have to be severe. You cannot constitutionalize the whole legal system. One cannot turn every legal issue into a specially entrenched Charter issue or a specially entrenched issue of the federal division of legislative powers. [Emphasis added, pp. 118-19.]

(“Charter Influences on Future Constitutional Reform”, in D. E. Smith, P. MacKinnon and J. C. Courtney, eds., *After Lake Meech, Lessons for the Future* (1991), 115, at pp. 118-119)

pure et simple sans justification au titre de l’article premier » (p. 110). Empêcher le législateur d’abroger une disposition législative et (dans les faits) en incorporer le contenu dans la *Charte* auraient pour effet de miner la souveraineté parlementaire.

[143] Bien que le droit à un procès avec jury équitable et public, en pratique, suppose que le Parlement adopte certaines mesures positives, cela ne signifie pas pour autant que chaque disposition législative importante relative aux procès avec jury est élevée au statut de disposition de nature constitutionnelle. La *Charte* protège le droit de l’accusé à un procès équitable avec jury; elle ne consacre aucune procédure particulière choisie par le Parlement.

[144] Se penchant sur ce problème, le professeur Lederman écrit :

[TRADUCTION] Les normes générales d’une Charte des droits et libertés bien établie sont souvent fortement dépendantes d’une mise en œuvre détaillée par des lois et règlements ordinaires et, à ce dernier niveau ordinaire, des alternatives et exceptions légitimes peuvent apparaître et devoir être traitées. Souvent, les réformes souhaitées par la population peuvent être effectuées par une loi ordinaire provinciale ou fédérale et ne soulèvent (ou, du moins, ne devraient soulever) aucune question élémentaire de nature constitutionnelle. De fait, si nous accordons un statut constitutionnel à trop de choses, nous réduisons indûment la possibilité de modifier les textes législatifs pour satisfaire aux besoins de la société au moyen de l’approche souple que sont les modifications législatives. Il est parfois déjà difficile d’adopter une loi ordinaire pour réagir à un besoin urgent de nouvelles mesures législatives. Pour ceux qui voudraient modifier le droit constitutionnel supérieur ou y ajouter, la difficulté de limiter ce qui doit être de nature « constitutionnelle » dans ce sens est bien réelle. Les limites doivent être strictes. On ne peut constitutionnaliser l’ensemble du système juridique. On ne peut pas transformer chaque question juridique pour en faire une question spécifique régie par la Charte ou une question spécifique visée par les dispositions relatives au partage des compétences législatives. [Je souligne; p. 118-119.]

(« Charter Influences on Future Constitutional Reform », dans D. E. Smith, P. MacKinnon et J. C. Courtney, dir., *After Lake Meech, Lessons for the Future* (1991), 115, p. 118-119)

[145] As my colleagues explain, their reasons should not “be read as constitutionalizing [the current], or any other, statutory scheme for jury selection” (Moldaver and Brown JJ.’s reasons, at para. 84). Peremptory challenges and the other rules of jury selection should not be constitutionalized under s. 11(d) and (f) of the *Charter*. Of course, repeal or modification of statutory provisions can raise issues of *Charter* compliance. But, that is not because the statutory provisions themselves are constitutionally protected. Rather it is because their repeal or modification gives rise to unconstitutional effects. As Watt J.A. expressed in the Ontario Court of Appeal’s decision in this case:

The legislative history in this case reveals that both houses of Parliament and their respective legislative committees were well aware of both sides of the debate about the value of peremptory challenges as a mechanism to promote the empanelment of an impartial jury and ensure the fair trial rights of the accused. The committees of both houses received evidence and submissions from practitioners and scholars arguing for and against the elimination of peremptory challenges. In the end, Parliament determined that their potential for abuse outweighed their benefits as part of a selection process designed to ensure a fair trial and the empanelment of an impartial jury. This cost-benefit analysis was for Parliament to undertake. Parliament made its decision. That decision must be respected by the court unless the statutory result is unconstitutional. [Emphasis added; para. 58.]

[146] Nothing of that nature has been shown in this case. Parliament can repeal these procedures or enact new ones, and in future cases courts may assess whether the new regime remains compliant with the *Charter*.

II. Disposition

[147] For the reasons of Justices Moldaver and Brown, as well as for the foregoing reasons, I would

[145] Comme l’expliquent mes collègues, leurs motifs « ne confèrent nullement une valeur constitutionnelle à ce régime législatif, ni à aucun autre, en matière de sélection des jurés » (motifs des juges Moldaver et Brown, par. 84). Les récusations péremptoires et les autres règles applicables à la sélection des jurés ne devraient pas être constitutionnalisées en vertu des al. 11d) et f) de la *Charte*. Bien entendu, l’abrogation et la modification de dispositions législatives peuvent soulever des questions relatives au respect de la *Charte*. Il en est toutefois ainsi non pas parce que les dispositions législatives elles-mêmes sont constitutionnellement protégées, mais plutôt parce que leur abrogation ou leur modification donne lieu à des effets inconstitutionnels. Comme l’a expliqué le juge Watt dans la décision de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce :

[TRADUCTION] Dans la présente cause, l’historique législatif révèle que les deux chambres du Parlement et leurs comités législatifs respectifs étaient bien conscients des deux côtés du débat sur la valeur des récusations péremptoires comme mécanisme pour favoriser la composition d’un jury impartial et assurer le respect du droit de l’accusé à un procès équitable. Les comités des deux chambres ont reçu des éléments de preuve ainsi que des observations de praticiens et d’universitaires au soutien des thèses favorable et défavorable à l’élimination des récusations péremptoires. En définitive, le Parlement a jugé que le risque d’abus des récusations péremptoires l’emportait sur leurs avantages comme partie intégrante du processus de sélection des jurés conçu pour garantir la tenue d’un procès équitable et la composition d’un jury impartial. Il appartenait au législateur de mener cette analyse des avantages et des désavantages; et ce dernier a tranché la question. Sa décision doit être respectée par la cour sauf si la loi qui en résulte est inconstitutionnelle. [Je souligne; par. 58.]

[146] Rien de cette nature n’a été démontré en l’espèce. Le Parlement peut abroger ces procédures et en adopter de nouvelles et, dans des causes à venir, les tribunaux pourront évaluer si le nouveau régime est conforme à la *Charte*.

II. Dispositif

[147] Pour les motifs exprimés par les juges Moldaver et Brown, de même que pour les motifs

allow the Crown's appeal and restore Mr. Chouhan's conviction. I would also dismiss Mr. Chouhan's cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

[148] ABELLA J. (dissenting in part) — On September 19, 2019, Pardeep Singh Chouhan was scheduled to select a jury for his first degree murder trial. His right to a jury trial included the right to exercise up to 20 peremptory challenges during his jury selection. That same day, Bill C-75, *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2019, abolished peremptory challenges. No transitional provisions were included in the legislation.

[149] Mr. Chouhan brought a constitutional challenge, arguing in part that the abolition of peremptory challenges infringed his rights under ss. 7, 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the alternative, he argued that the repeal should not apply to his case since, while purely procedural legislative changes apply immediately to all cases including ongoing or pending proceedings, changes that affect substantive rights only apply prospectively.

[150] Mr. Chouhan's arguments that the repeal was unconstitutional and affected his substantive rights were dismissed. As a result, his jury was selected without peremptory challenges.

[151] The jury convicted Mr. Chouhan of first degree murder (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). He appealed his conviction, in part on the basis that the trial judge erred in ruling that the abolition of peremptory challenges was constitutional and that it applied retrospectively to his case.

qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel de la Couronne et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Chouhan. Je suis aussi d'avis de rejeter l'appel incident interjeté par M. Chouhan.

Version française des motifs rendus par

[148] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Le 19 septembre 2019, il était prévu que Pardeep Singh Chouhan sélectionne le jury qui siégerait lors de son procès pour meurtre au premier degré. Son droit à un procès avec jury comprenait celui d'exercer jusqu'à 20 récusations péremptoires durant le processus de sélection. Le même jour, le projet de loi C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2019, a aboli les récusations péremptoires. Ce texte législatif ne contenait pas de dispositions transitoires.

[149] Monsieur Chouhan a présenté une contestation constitutionnelle, faisant valoir, notamment, que l'abolition des récusations péremptoires contrevenait aux droits que lui garantissent l'art. 7 et les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, il a plaidé que l'abrogation ne devrait pas s'appliquer à sa cause puisque — bien que les modifications législatives purement procédurales s'appliquent immédiatement à toutes les instances, y compris à celles en cours — les modifications qui portent atteinte aux droits substantiels ne s'appliquent que prospectivement.

[150] Les arguments de M. Chouhan selon lesquels l'abrogation était inconstitutionnelle et avait porté atteinte à ses droits substantiels ont été rejetés. En conséquence, son jury a été sélectionné sans récusation péremptoire.

[151] Le jury a déclaré M. Chouhan coupable de meurtre au premier degré (2019 ONSC 5512, 148 O.R. (3d) 53). Celui-ci a interjeté appel de sa condamnation, en invoquant entre autres que le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle et qu'elle s'appliquait rétrospectivement à sa cause.

[152] At the Court of Appeal, Watt J.A., writing for a unanimous court, concluded that the abolition of peremptory challenges was constitutional, but because it affected an accused's substantive rights, it only applied prospectively (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). He allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial.

[153] I agree that the repeal of peremptory challenges is constitutionally compliant. Parliament has, in my respectful view, introduced a regime to replace peremptory challenges that addresses the goals of those challenges and minimizes their frailties by empowering trial judges to protect the impartiality of the jury and counteract the reality of discrimination.

[154] But, as discussed later in these reasons, I agree with Watt J.A. that the repeal affected Mr. Chouhan's substantive rights and, as a result, should not have applied to his trial.

Analysis

[155] In *R. v. Kokopenace*, [2015] 2 S.C.R. 398, Moldaver J. begins with this truism:

The right to be tried by a jury of one's peers is one of the cornerstones of our criminal justice system. It is enshrined in two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the s. 11(d) right to a fair trial by an impartial tribunal and the s. 11(f) right to a trial by jury. [para. 1]

But this begs the question, who are one's peers and how can the system enhance the possibility of their selection?

[156] That is the underlying question behind the reforms to jury selection in Bill C-75. When introducing the legislation in Parliament, the Minister of Justice, the Hon. Jody Wilson-Raybould, described its purpose as follows:

[152] En Cour d'appel, le juge Watt, au nom d'une cour unanime, a conclu que l'abolition des récusations péremptoires était constitutionnelle, mais que, puisqu'elle portait atteinte aux droits substantiels des accusés, elle ne s'appliquait que prospectivement (2020 ONCA 40, 149 O.R. (3d) 365). Il a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[153] Je suis d'accord pour dire que l'abrogation des récusations péremptoires est constitutionnelle. À mon sens, le Parlement a adopté un régime pour remplacer les récusations péremptoires qui atteint les objectifs de ces dernières, et qui minimise leurs fragilités en conférant aux juges de première instance le pouvoir de protéger l'impartialité du jury et de contrecarrer la réalité de la discrimination.

[154] Cependant, comme j'en discuterai plus loin dans les présents motifs, je souscris à l'opinion du juge Watt selon laquelle l'abrogation a porté atteinte aux droits substantiels de M. Chouhan et n'aurait donc pas dû s'appliquer dans le cadre de son procès.

Analyse

[155] Au début de l'arrêt *R. c. Kokopenace*, [2015] 2 R.C.S. 398, le juge Moldaver énonce un truisme :

Le droit d'être jugé par un jury formé de ses pairs est l'une des pierres angulaires de notre système de justice pénale. Il est consacré par deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* : le droit, prévu par l'al. 11d), à un procès équitable devant un tribunal impartial et le droit, prévu par l'al. 11f), à un procès devant jury. [par. 1]

Cela pose toutefois la question de savoir qui sont les pairs d'un individu et comment le système accroît la possibilité qu'ils soient sélectionnés.

[156] Voilà la question sous-jacente aux réformes apportées par le projet de loi C-75 au processus de sélection du jury. Lorsqu'elle a présenté ce projet de loi au Parlement, la ministre de la Justice, l'hon. Jody Wilson-Raybould, a décrit son objet de la façon suivante :

To bring more fairness and transparency to the process, the legislation would also *empower a judge to decide* whether to *exclude jurors challenged for cause* by either the defence or prosecution. The legislation will *strengthen* the power of judges to *stand aside some jurors* in order to *make room for a more diverse jury* that will in turn *promote confidence in the administration of justice*. Courts are already familiar with the concept of exercising their powers for this purpose. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

[157] Parliament not only abolished peremptory challenges, it overhauled the jury selection system, changing “virtually all of the rules of jury selection which affected how the jury is chosen from the jury panel” (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4th ed. 2020), at p. 457). It gave trial judges the power to decide challenges for cause and created a new stand-aside power in s. 633 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to direct trial judges to fulfill the role of ensuring jury impartiality and representativeness.

[158] Anti-bias instructions will continue to be important, but they are not a panacea. As McLachlin J. cautioned in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, “[w]e 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” (para. 22).

[159] In order to avoid bias and discrimination, the new jury selection system entrusts trial judges to vigorously exercise their authority in accordance with the *Charter* to ensure that Canadian juries are, and are perceived to be, impartial and representative.

[160] The new robust challenge for cause process will require more probing questions than have traditionally been asked to properly screen for subconscious stereotypes and assumptions (K. Roach, “Juries, Miscarriages of Justice and

Afin d’apporter plus d’équité et de transparence au processus, la législation *conférerait au juge le pouvoir de décider d’exclure ou pas les jurés faisant l’objet d’une récusation motivée* [soit par la défense, soit par la poursuite]. La loi *renforcerait* le pouvoir des juges *d’écarter certains jurés* afin d’obtenir un jury plus diversifié, ce qui en retour *augmenterait la confiance du public à l’égard de l’administration de la justice*. Les tribunaux sont déjà familiarisés avec la notion d’exercer leurs pouvoirs à cette fin. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19605)

[157] Le Parlement a non seulement aboli les récusations péremptoires, il a aussi remanié le système de sélection du jury, changeant [TRADUCTION] « virtuellement toutes les règles de cette sélection qui avaient une incidence sur la façon dont les jurés sont choisis parmi les membres du tableau » (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4^e éd. 2020), p. 457). Il a conféré au juge du procès le pouvoir de trancher les récusations motivées et a créé un nouveau pouvoir de mise à l’écart décrit à l’art. 633 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour lui confier le rôle de garantir l’impartialité et la représentativité du jury.

[158] Les directives anti parti pris continueront d’être importantes, mais elles ne sont pas une panacée. Dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, la juge McLachlin a d’ailleurs formulé la mise en garde suivante : « 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 » (par. 22).

[159] Pour éviter les partis pris et la discrimination, le nouveau système de sélection du jury confie au juge du procès la tâche d’exercer vigoureusement son pouvoir, en conformité avec la *Charte*, pour garantir que les jurys canadiens sont impartiaux et représentatifs, et qu’ils sont perçus comme tels.

[160] Le nouveau processus robuste de récusations motivées requerra de poser des questions plus approfondies que celles posées traditionnellement pour filtrer correctement les stéréotypes et les suppositions subconscientes (K. Roach, « Juries, Miscarriages of

the Bill C-75 Reforms” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 315, at pp. 350-53; K. Roach, “The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colton Boushie Case” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271, at p. 276; R. Schuller and N. Vidmar, “The Canadian Criminal Jury” (2011), 86 *Chicago-Kent L. Rev.* 497; R. Ruparelia, “Erring on the Side of Ignorance: Challenges for Cause Twenty Years after *Parks*” (2013), 92 *Can. Bar Rev.* 267; M. Henry and F. Henry, “A Challenge to Discriminatory Justice: The *Parks* Decision in Perspective” (1996), 38 *Crim. L.Q.* 333).

[161] A robust challenge for cause process will mean “a more sophisticated manner of questioning” (D. M. Tanovich, “The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655, at p. 683). It will require alternatives and modifications to the question proposed in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), new questions, and new formats, with trial judges asking questions that they believe, based on their common sense and judicial experience, will assist in rooting out biases. The need for this new emphasis on judicial intervention is explained by the Canadian Association of Black Lawyers in its factum as follows:

The commonly permissible challenge questions considered in only minutes fail to respect the importance of the task and cannot scratch the surface of attitudes or beliefs that are “elusive” and deeply ingrained in the subconscious. [para. 32]

[162] The legislative intent behind the new stand-aside power was to empower trial judges to ensure impartiality and “to make room for a more diverse jury”, in order to maintain public confidence in the administration of justice (*House of Commons Debates*, at p. 19605). Its purpose is to “provide an opportunity for a judge to consider whether a jury appears to [be] sufficiently representative or

Justice and the Bill C-75 Reforms » (2020), 98 *R. du B. can.* 315, p. 350-353; K. Roach, « The Urgent Need to Reform Jury Selection after the Gerald Stanley and Colton Boushie Case » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 271, p. 276; R. Schuller et N. Vidmar, « The Canadian Criminal Jury » (2011), 86 *Chicago-Kent L. Rev.* 497; R. Ruparelia, « Erring on the Side of Ignorance : Challenges for Cause Twenty Years after *Parks* » (2013), 92 *R. du B. can.* 267; M. Henry et F. Henry, « A Challenge to Discriminatory Justice : The *Parks* Decision in Perspective » (1996), 38 *Crim. L.Q.* 333).

[161] Un processus robuste de récusations motivées signifiera [TRADUCTION] « qu’il faudra questionner [les candidats jurés] de manière plus sophistiquée » (D. M. Tanovich, « The Charter of Whiteness : Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 655, p. 683). Il faudra des solutions de rechange et des modifications à la question proposée dans l’arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), de nouvelles questions, de nouveaux formats, et que le juge du procès pose des questions qui, à son avis, sur le fondement de son bon sens et de son expérience judiciaire, aideront à éradiquer les partis pris. La nécessité de cet accent nouveau sur l’intervention judiciaire est expliquée comme suit par la Canadian Association of Black Lawyers dans son mémoire :

[TRADUCTION] Les questions qu’il était traditionnellement possible de poser dans le cadre d’une récusation et qui étaient traitées en seulement quelques minutes sont insuffisantes pour respecter l’importance de la tâche et ne suffisent pas pour mettre au jour la surface des attitudes ou des croyances qui sont « insaisissables » et profondément ancrées dans le subconscient. [par. 32]

[162] L’intention législative sous-jacente du nouveau pouvoir de mise à l’écart consistait à conférer au juge du procès le pouvoir de garantir l’impartialité du jury et « d’[en] obtenir un [. . .] plus diversifié », de manière à maintenir la confiance du public envers l’administration de la justice (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605). Son objet est de « donne[r] aux juges la possibilité d’établir si un

appropriately empanelled to promote a just outcome, perhaps even considering whether racial bias could be a factor” (Library of Parliament, *Bill C-75: An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 42-1-C75-E, by Laura Barnett et al., revised July 25, 2019). It is based on an understanding of representativeness which looks to the actual composition of the jury, as opposed to the randomness of the selection process (Coughlan, at p. 466; see also V. MacDonnell, “The Right to a Representative Jury: Beyond Kokopenace” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334; B. Kettles, “Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada” (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462).

[163] The enhanced stand-aside mechanism in s. 633 seeks to counteract systemic discrimination in jury selection and recognizes that public confidence in the administration of justice is undermined when random selection routinely results in all-white juries. It gives trial judges the discretion “to make room for a more diverse jury” (*House of Commons Debates*, at p. 19605).

[164] While Canada’s kaleidoscope of human diversity cannot realistically be mirrored on every jury, trial judges can use the legislative tools that they have been given in Bill C-75 to actively promote jury diversity on a case by case basis. The goal is the selection of a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524). Actively promoting jury diversity is not reverse discrimination, it is *reversing* discrimination. As Blackmun J. famously observed in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), at p. 407, “to get beyond racism, we must first take account of race”.

jury semble suffisamment représentatif ou constitué convenablement pour favoriser un verdict juste, et peut-être même de se pencher sur la question de savoir si un préjugé racial pourrait être un facteur » (Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, Résumé législatif 42-1-C75-F, Laura Barnett et autres, révisé le 25 juillet 2019). Il est fondé sur une interprétation de la représentativité qui porte sur la composition réelle du jury, par opposition au caractère aléatoire qui prévaut dans le processus de sélection (Coughlan, p. 466; voir aussi V. MacDonnell, « The Right to a Representative Jury : Beyond Kokopenace » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 334; B. Kettles, « Impartiality, Representativeness and Jury Selection in Canada » (2013), 59 *Crim. L.Q.* 462).

[163] Le mécanisme prévu à l’art. 633 qui permet davantage de mises à l’écart vise à contrebalancer la discrimination systémique dans la sélection du jury, et il reconnaît que la confiance du public envers l’administration de la justice est minée lorsque la sélection aléatoire aboutit de manière routinière à des jurys composés exclusivement de Blancs. Il confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire « d’obtenir un jury plus diversifié » (*Débats de la Chambre des communes*, p. 19605).

[164] Bien que le kaléidoscope canadien de la diversité humaine ne puisse réalistement pas se refléter dans chaque jury, le juge du procès peut recourir aux outils législatifs mis à sa disposition par le projet de loi C-75 pour promouvoir activement la diversité des jurys au cas par cas. Le but est de sélectionner un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524). Promouvoir activement la diversité des jurys ne constitue pas de la discrimination à rebours, cela consiste à faire *reculer* la discrimination. Comme le juge Blackmun l’a affirmé dans une remarque célèbre de la décision *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), p. 407, [TRADUCTION] « pour dépasser le racisme, nous devons d’abord tenir compte de la race ».

[165] But while I agree with the majority that the safeguards in the jury selection system after Bill C-75 make the repeal of peremptory challenges constitutional, I do not, with respect, agree that the repeal represents a purely procedural change. The repeal affects the substantive rights of accused persons, and, as a result, absent transitional provisions, should not have applied retrospectively to Mr. Chouhan's trial.

[166] For centuries, the common law tradition of trial by jury has included a right of the accused to exercise peremptory challenges. It was a defence tool to screen out those who could potentially be unsympathetic to the accused, and sometimes to influence the racial or gender composition of the jury. This right was codified in s. 634 of the *Criminal Code*.

[167] There is no doubt that the use of peremptory challenges has generated controversy, particularly in cases where the public has perceived that a jury has reached a perverse verdict. But debating the merits of peremptory challenges does not change their character as a significant trial mechanism for accused persons to meaningfully participate in the selection of the individuals who would judge their case.

[168] As the Law Reform Commission of Canada in 1980 pointed out:

The peremptory challenge has been attacked and praised. Its importance lies in the fact that justice must be seen to be done. The peremptory challenge is one tool by which the accused can feel that he or she has some minimal control over the make-up of the jury and can eliminate persons for whatever reason, no matter how illogical or irrational, he or she does not wish to try the case.

(Working paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at p. 54)

[165] Toutefois, bien que je sois d'accord avec les juges majoritaires pour dire que les mesures de protection dont est assorti le système de sélection du jury depuis l'adoption du projet de loi C-75 rendent l'abrogation des récusations péremptoires constitutionnelle, je ne suis pas d'accord avec leur position selon laquelle l'abrogation constitue une modification purement procédurale. L'abrogation porte atteinte aux droits substantiels de l'accusé et, en conséquence, sous réserve de l'existence de dispositions transitoires, elle n'aurait pas dû s'appliquer rétrospectivement dans le cadre du procès de M. Chouhan.

[166] Durant des siècles, la tradition de common law des procès avec jury a compris le droit pour l'accusé de recourir à des récusations péremptoires. Il s'agissait d'un outil dont disposait la défense pour exclure ceux qui pourraient ne pas être sympathiques à l'endroit de l'accusé, et parfois pour influencer la composition du jury selon la race ou le sexe. Ce droit a été codifié à l'art. 634 du *Code criminel*.

[167] Il ne fait aucun doute que le recours aux récusations péremptoires a suscité de la controverse, particulièrement dans les causes où le public a eu l'impression qu'un jury a rendu un verdict erroné. Cela dit, débattre des mérites des récusations péremptoires n'en change pas la nature en tant que mécanisme important dont dispose l'accusé lors de son procès pour participer utilement à la sélection des individus qui jugeront sa cause.

[168] Comme l'a souligné la Commission de réforme du droit du Canada en 1980 :

La récusation péremptoire a fait l'objet d'éloges et de critiques. Son importance vient du principe que la justice doit être manifeste. La récusation péremptoire permet à l'accusé de sentir qu'il a un certain contrôle sur la formation du jury et qu'il peut ainsi écarter les personnes par qui il ne veut pas être jugé, même si sa raison pour les rejeter est illogique ou irrationnelle.

(Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 54)

[169] Peremptory challenges have been a part of Canadian criminal procedure from our first *Criminal Code* in 1892 until Bill C-75 (*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668). When legislation is enacted without transitional provisions, our law presumes that it only applies prospectively because “[i]n the absence of an indication that Parliament has considered retrospectivity and the potential for it to have unfair effects, the presumption must be that Parliament did not intend them” (*Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2017] 2 S.C.R. 289, at para. 48, per Côté J.). While our jurisprudence carves out a narrow exception for *purely* procedural changes, the exception does not apply to new rules of procedure that affect or impinge on substantive rights (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248 (“*Application*”), at para. 57, per Iacobucci and Arbour JJ.).

[170] The issue then is whether the repeal of peremptory challenges represents a *purely* procedural change or one that has an impact on the substantive rights of the accused. If it is purely procedural, it applies immediately to pending or ongoing proceedings; if it affects substantive rights, it can only have prospective effect on future proceedings.

[171] Substantive provisions generally define rights, duties and liabilities, while procedural ones govern procedures, pleadings and proof (*Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 331, per Lamer J., citing *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), at p. 1). Yet the inquiry does not, as the majority suggests, end there. As La Forest J. observed in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256:

A provision is substantive or procedural . . . according to whether or not it affects substantive rights. P.-A. Côté, in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), has this to say at p. 137:

[169] Les récusations péremptoires ont fait partie de la procédure criminelle canadienne à compter de l’adoption de notre premier *Code criminel* en 1892 jusqu’à celle du projet de loi C-75 (*Code criminel*, 1892, L.C. 1892, c. 29, par. 668). Lorsqu’une loi est adoptée sans qu’elle contienne de dispositions transitoires, notre droit présume qu’elle s’applique uniquement prospectivement parce que, en « l’absence d’une indication selon laquelle le législateur a envisagé qu’une loi soit rétrospective et ainsi possiblement inéquitable, il faut présumer qu’il n’a souhaité ni l’un ni l’autre » (*Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 48, la juge Côté). Certes, notre jurisprudence définit une exception étroite pour les modifications *purement* procédurales; cette exception ne s’applique toutefois pas aux nouvelles règles de procédure qui portent atteinte aux droits substantiels ou empiètent sur eux (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248 (« *Demande* »), par. 57, les juges Iacobucci et Arbour).

[170] La question est donc celle de savoir si l’abrogation des récusations péremptoires constitue une modification *purement* procédurale ou une modification qui a une incidence sur les droits substantiels de l’accusé. Si elle est purement procédurale, elle s’applique immédiatement aux instances en cours; si elle a une incidence sur des droits substantiels, elle ne peut avoir que des effets prospectifs sur les instances futures.

[171] En règle générale, les dispositions substantielles définissent les droits, les obligations et les responsabilités, tandis que celles qui sont procédurales régissent les procédures, les actes de procédure et la preuve (*Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331, le juge Lamer, citant *Phipson on Evidence* (13^e éd. 1982), p. 1). Or, contrairement à ce que suggèrent les juges majoritaires, l’examen ne s’arrête pas là. Comme le juge La Forest l’a noté dans l’arrêt *Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 :

Une disposition est considérée de nature procédurale ou de fond [. . .] parce qu’elle a ou non un effet sur des droits matériels. P.-A. Côté, dans *Interprétation des lois* (1982), a dit aux p. 149 et 150 :

In dealing with questions of temporal application of statutes, the term “procedural” has an important connotation: to determine if the provision will be applied immediately [i.e. to pending cases], “. . . the question to be considered is not simply whether the enactment is one affecting procedure but whether it affects procedure only and does not affect substantial rights of the parties.” [Quoting *DeRoussy v. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516]. [p. 265]

[172] Purely procedural laws are a subset of procedural rules which do not create or impinge on substantive rights (*Application*, at para. 57). Examples include laws setting out criteria for costs awards or the number of witnesses that may be called to give opinion evidence (*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, per Pollock C.B.). Similarly, rules for conducting out-of-court investigations of matters such as suspected terrorist activity or police misconduct have been held to be purely procedural (see, e.g., *Application; Peel (Police) v. Ontario (Special Investigations Unit)* (2012), 110 O.R. (3d) 536 (C.A.), per Cronk J.A.).

[173] But procedural provisions that take away, alter or affect substantive rights are not *purely* procedural. When a rule of procedure impinges on a party’s substantive rights, “its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect” (*Application*, at para. 57). Procedural changes such as new limitation periods or transfers of jurisdiction between courts have been held to have substantive effects where, in their application, they affected a party’s right to bring an action, to plead a defence or to bring an appeal (see, e.g., *Angus; Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41, per Chouinard J.; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, per Pigeon J.). Similarly, changes to procedural provisions that take away substantive rights created by legislation have been held not to be purely procedural (see, e.g., *R. v. R.S.*, 2019 ONCA 906, per Doherty J.A.).

Lorsqu’il est question de l’application des lois dans le temps, le terme « procédure » est employé dans un sens tout à fait particulier : pour savoir si une disposition est d’application immédiate [c.-à-d. aux affaires en cours], « . . . il faut décider non seulement si le texte touche la procédure, mais aussi s’il ne touche que la procédure, sans toucher le fond du droit des parties ». [Citant *DeRoussy c. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516.] [p. 265]

[172] Les lois purement procédurales constituent un sous-groupe des règles de procédure qui ne créent pas de droits substantiels ni n’empiètent sur eux (*Demande*, par. 57). Il en est ainsi, par exemple, des dispositions législatives qui énoncent les critères pour l’octroi des dépens ou qui prévoient le nombre de témoins pouvant être appelés pour donner leur opinion (*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, le baron en chef Pollock). De même, les règles relatives aux commissions rogatoires mises sur pied pour l’examen de soupçons d’activité terroriste ou de fautes de la police ont été jugées purement procédurales (voir, p. ex., *Demande; Peel (Police) c. Ontario (Special Investigations Unit)* (2012), 110 O.R. (3d) 536 (C.A.), la juge Cronk).

[173] En revanche, les dispositions procédurales qui retirent ou modifient des droits substantiels ou y portent atteinte ne sont pas *purement* procédurales. Lorsqu’une règle de procédure empiète sur les droits substantiels d’une partie, « elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement » (*Demande*, par. 57). Il a été jugé que les modifications procédurales comme de nouveaux délais de prescription ou des transferts de compétence entre des tribunaux ont des effets substantiels lorsque, dans leur application, elles portent atteinte au droit d’une partie d’intenter un recours, de plaider un moyen de défense ou d’interjeter appel (voir, p. ex., *Angus; Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, le juge Chouinard; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, le juge Pigeon). De même, il a été jugé que les modifications de dispositions procédurales qui retirent des droits substantiels créés par une loi ne sont pas purement procédurales (voir, p. ex., *R. c. R.S.*, 2019 ONCA 906, le juge Doherty).

[174] In *R. v. Dineley*, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 21, this Court found that procedural amendments to rules of evidence for raising a doubt about the reliability of breathalyzer test results, passed constitutional muster. In dissent, which the majority in this case relies on, Cromwell J. held that the amendments were purely procedural because they dealt with factual presumptions and how to rebut them, their operation depended on litigation and they did not change the existence or content of a right or defence.

[175] The majority in *Dineley*, however, concluded otherwise. Deschamps J. found that the new provisions did not apply to Mr. Dineley's pending trial because they affected his substantive rights, including his constitutional right to be presumed innocent:

Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights. [para. 11]

As she noted, procedural laws that have an impact on *Charter* rights have been considered to have substantive effects since “constitutional rights are necessarily substantive” (*Dineley*, at para. 21).

[176] Returning then to whether the abolition of peremptory challenges affected substantive rights. Sir William Blackstone described two rationales for allowing accused persons to challenge jurors peremptorily without having to show any cause:

[174] Dans l'arrêt *R. c. Dineley*, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 21, la Cour a conclu que les modifications procédurales apportées à des règles de preuve applicables lorsqu'il est question de soulever un doute quant à la fiabilité des résultats de tests d'ivresse-mètre passaient le test de la constitutionnalité. Dans une dissidence, sur laquelle se fondent les juges majoritaires en l'espèce, le juge Cromwell a estimé que les modifications étaient purement procédurales parce qu'elles traitaient de présomptions de fait et de la façon de les réfuter, parce que leur application dépendait de l'existence d'un litige, et parce qu'elles ne changeaient pas l'existence ou le contenu d'un droit ou d'un moyen de défense.

[175] Les juges majoritaires, dans l'arrêt *Dineley*, ont conclu différemment. En effet, la juge Deschamps s'est dite d'avis que les nouvelles dispositions ne s'appliquaient pas au procès en cours de M. Dineley parce qu'elles portaient atteinte à ses droits substantiels, y compris à son droit constitutionnel d'être présumé innocent :

Certaines [dispositions procédurales] peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s'appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 208). Par conséquent, la tâche qui s'impose pour statuer sur l'application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels. [par. 11]

Comme elle l'a souligné, les lois procédurales qui portent atteinte aux droits protégés par la *Charte* ont des effets substantiels, puisque « les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle » (*Dineley*, par. 21).

[176] Ce qui nous ramène à la question de savoir si l'abolition des récusations péremptoires a porté atteinte à des droits substantiels. Sir William Blackstone a énoncé deux raisonnements justifiant que l'accusé récuse des jurés péremptoirement sans avoir à motiver ses décisions :

[TRANSDUCTION]

1. As everyone must be sensible, what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another; and how necessary it is that a prisoner . . . should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him; the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike.

2. Because, upon challenges for cause shewn, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment; to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside. (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, W.D. Lewis, ed., vol. 4, No. 353, at p. 1738).

(*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at p. 353)

[177] This Court has adopted these rationales in a number of cases and, throughout our jurisprudence, has repeatedly asserted the importance of peremptory challenges in safeguarding the rights of accused persons in our jury system and enhancing their perception of trial fairness.

[178] Since Canada's first *Criminal Code* in 1892, both the Crown and the accused have had an unlimited power to challenge for cause, allowing both sides to remove any prospective juror on proof of one of the specific enumerated causes such as non-citizenship, certain criminal records or partiality (see, e.g., *Criminal Code*, 1892, s. 668(4)). Peremptory challenges, which could be made without proof of cause, were limited to 4 for the Crown and 4, 12 or 20 for the accused depending on the charge (see, e.g., s. 668(1) to (3) and (9)).

[179] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the accused challenged several prospective jurors for cause. While three prospective jurors were found to be impartial, the accused removed them by using peremptory challenges. The Court concluded that,

1. Puisque chacun doit être conscient des impressions soudaines et des préjugés inexplicables que l'on peut ressentir à la vue de quelqu'un et de la nécessité, pour un prisonnier [. . .] d'avoir une bonne opinion de son jury à défaut de quoi il pourrait être tout à fait déconcerté, la loi ne veut pas qu'il soit jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé, même s'il est incapable d'expliquer cette aversion.

2. Parce qu'il se peut, lorsque les raisons invoquées pour une récusation pour cause ne justifient pas la mise à l'écart du juré, que le seul fait de mettre en doute son impartialité crée un ressentiment, alors le prisonnier a encore la possibilité, s'il le veut, de récuser péremptoirement le juré pour empêcher toute conséquence nuisible (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, W.D. Lewis, éd., vol. 4, n° 353, p. 1738).

(*Commentaries on the Laws of England* (16^e éd. 1825), t. IV, p. 353)

[177] La Cour a adopté ces raisonnements dans un grand nombre de causes et, dans toute sa jurisprudence, a affirmé et réaffirmé l'importance des récusations péremptoires pour sauvegarder les droits de l'accusé dans notre système avec jurys et pour accroître sa perception de l'équité des procès.

[178] Depuis l'adoption du premier *Code criminel* canadien en 1892, tant la Couronne que l'accusé ont eu un pouvoir illimité de recourir aux récusations motivées, ce qui permettait aux deux parties d'exclure tout candidat juré sur preuve d'une des causes spécifiques énumérées telles que la non-citoyenneté, certains antécédents criminels ou la partialité (voir, p. ex., *Code criminel*, 1892, par. 668(4)). Les récusations péremptoires, qui pouvaient être exercées sans preuve d'un motif, étaient limitées à 4 pour la Couronne et à 4, 12 ou 20 pour l'accusé selon l'accusation portée contre lui (voir, p. ex., par. 668(1) à (3) et (9)).

[179] Dans l'arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, l'accusé a cherché à exclure plusieurs candidats jurés au moyen de récusations motivées. Même si trois d'entre eux ont été jugés impartiaux, l'accusé les a exclus en utilisant des récusations

even if the trial judge erred in the challenge for cause process, the accused received a fair trial because any prejudice was prevented by his use of peremptory challenges:

... in the administration of criminal justice nothing is more important than that the constitution of the jury should be free from all objection and that *the accused should have the full advantage of every safeguard which the law has provided to enable him to secure this right, which is of the very essence of a fair trial*. We, however, think that the accused had a fair trial. . . . By his own act in peremptorily challenging these jurors, he elected to pursue that remedy [Emphasis added; p. 692.]

[180] Decades later, in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709 (“*Cloutier* (SCC)”), Pratte J., for the majority, held that the denial of an accused’s right to peremptorily challenge a prospective juror found to be impartial on a challenge for cause would entitle the accused to a new trial. Citing Blackstone, he explained the significance of peremptory challenges in permitting the removal of a number of potential jurors *believed* to be partial, even though the belief cannot be proven:

The very basis of the right to peremptory challenges, therefore, is not objective but purely subjective. The existence of the right does not rest on facts that have to be proven, but rather on the mere belief by a party in the existence of a certain state of mind in the juror. The fact that a juror is objectively impartial does not mean that he is believed to be impartial by the accused or the prosecution; *Parliament, when allowing each party a number of peremptory challenges, clearly intended that each party have the right to remove from the jury a number of individuals whom he does not believe to be impartial, though he could not provide evidence in support of such belief*. The very nature of the right to peremptory challenges and the objectives underlying it require that its exercise be entirely discretionary and not subject to any condition. There is no logical connection between the challenge for cause and the peremptory challenge, and I do not see any reason why the unsuccessful exercise of the right to challenge for cause would have an effect on the right to a peremptory challenge. *Only a clear legislative provision could negate the*

péremptoires. La Cour a conclu que, même si le juge du procès avait commis une erreur dans le processus de récusations motivées, l’accusé avait subi un procès équitable puisque son recours aux récusations péremptoires lui avait évité de subir un préjudice :

[TRADUCTION] . . . dans l’administration de la justice criminelle, rien n’est plus important que la constitution du jury libre de toute objection et le fait que *l’accusé puisse tirer pleinement avantage de toutes les mesures de protection que lui accorde la loi pour lui permettre de jouir de ce droit, qui constitue l’essence même d’un procès équitable*. Nous sommes toutefois d’avis que l’accusé a subi un procès équitable. [. . .] En recourant à la récusation péremptoire de ces candidats jurés, il a choisi cette mesure de redressement . . . [Je souligne; p. 692.]

[180] Des décennies plus tard, dans l’arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709 (« *Cloutier* (CSC) »), le juge Pratte, au nom des juges majoritaires, a conclu que refuser à un accusé le droit de récuser péremptoirement un candidat juré jugé impartial dans le cadre d’une récusation motivée lui donnerait le droit de subir un nouveau procès. Citant Blackstone, il a expliqué l’importance des récusations péremptoires pour permettre d’exclure un grand nombre de candidats jurés *qu’on croit* être partiaux, même si le fondement de cette croyance ne peut être prouvé :

Le fondement même du droit à des récusations péremptoires n’est donc pas objectif mais purement subjectif. L’existence du droit ne repose pas sur des faits qui doivent être prouvés, mais plutôt sur la simple croyance de la partie en l’existence chez le juré d’un certain état d’esprit. Le fait qu’un juré soit objectivement impartial ne fait pas que l’accusé ou le poursuivant le croit impartial; or, en accordant à chacune des parties un certain nombre de récusations péremptoires, *le Parlement a précisément voulu permettre que chaque partie puisse écarter du jury un certain nombre de ceux qu’elle ne croit pas être impartiaux sans pouvoir cependant apporter la preuve de cette croyance*. La nature même du droit à des récusations péremptoires et les objectifs qui en sont la raison d’être exigent que son exercice soit entièrement discrétionnaire et ne soit assorti d’aucune condition. Il n’y a aucun lien logique entre la récusation pour cause et la récusation péremptoire et je ne vois pas comment l’on peut justifier que l’exercice infructueux du droit à la récusation pour cause ait un effet sur le droit à la récusation péremptoire. *Seule*

right to a peremptory challenge in circumstances where, because of its very purpose, such a right should be available. [Emphasis added; pp. 720-21.]

[181] If this Court considered that depriving an accused of even one peremptory challenge was such a fundamental error that it was enough to overturn a conviction, it can hardly be denied that the use of peremptory challenges had a substantive impact on the right of accused persons to meaningfully participate in the selection of their jury.

[182] L’Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, expanded on this theme as follows:

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. . . .

...

. . . peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused’s perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal. [pp. 525 and 532-33]

[183] In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, this Court found that the Crown’s greater influence over jury selection than the accused through the combination of stand asides and peremptory challenges violated an accused’s s. 11(d) *Charter* right to an impartial jury. In concurring reasons, Stevenson J. held that the numerical disparity existed “not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the

une disposition législative claire pourrait écarter le droit à la récusation péremptoire dans des conditions où celui-ci, à cause de son objet même, devrait être disponible. [Je souligne; p. 720-721.]

[181] Si la Cour a jugé que priver un accusé ne serait-ce que d’une récusation péremptoire constituait une erreur à ce point fondamentale qu’elle suffisait pour annuler une condamnation, on peut difficilement nier que le recours aux récusations péremptoires a eu une incidence substantielle sur le droit de l’accusé de participer utilement à la sélection de son jury.

[182] Dans l’arrêt *Sherratt*, la juge L’Heureux-Dubé a ajouté sur ce thème que :

L’importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n’est qu’illusoire en l’absence d’une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l’ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l’impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l’impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ . . .

...

. . . les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l’accusé ne dispose pas de renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d’un jury, ce qui dépend à la fois de l’accusé et de la nature de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l’accusé qu’il a bénéficié d’un tribunal constitué équitablement. [p. 525 et 532-533]

[183] Dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, la Cour a conclu que l’influence plus importante sur la sélection du jury de la Couronne que celle de l’accusé grâce aux mises à l’écart combinées aux récusations péremptoires portait atteinte au droit de l’accusé protégé par l’al. 11d) de la *Charte* à un jury impartial. Dans des motifs concordants, le juge Stevenson a décidé que la disparité numérique

jury by which the accused will be tried” (p. 148). He emphasized that the basis for peremptory challenges was to enable the accused to act on subjective perceptions of partiality without provable objection. Since the Crown’s stand asides were akin to additional peremptory challenges, the imbalance diminished the accused’s role “in the fundamental activity of choosing the jury” (p. 149).

[184] In his dissenting reasons, Gonthier J. too acknowledged the importance of peremptory challenges:

The *Criminal Code* gives the accused a variable number of peremptory challenges, depending on the seriousness of the offence. These peremptory challenges allow the accused to exclude prospective jurors from the jury. The main rationale for these had already been outlined by Blackstone

...

These are still today the main reasons offered to justify peremptory challenges by the accused. Babcock, in “Voir Dire: Preserving ‘Its Wonderful Power’” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, names them respectively the “didactic” and “shield” functions of the peremptory challenge at pp. 552-55. Professor Babcock develops the didactic function of the challenge further than Blackstone: not only does it allow the accused to summarily dismiss prospective jurors without specific motives, but *it also “teaches the litigant, and through him the community, that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant . . .”* (at p. 552). The “shield” function remains accessory. The Law Reform Commission of Canada, in its 1982 report, *The Jury*, also explained peremptory challenges for the accused along the same lines at p. 46. [Emphasis added.]

(*Bain*, at pp. 115-16)

[185] While peremptory challenges did not guarantee any particular composition of the jury, the

existait « non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury par lequel l’accusé sera jugé » (p. 148). Il a souligné que le fondement des récusations péremptoires résidait dans la capacité de l’accusé à agir en fonction de perceptions subjectives de partialité sans objection prouvable. Comme les mises à l’écart de la Couronne étaient semblables à des récusations péremptoires additionnelles, le déséquilibre réduisait le rôle de l’accusé « dans l’activité fondamentale qu’est le choix du jury » (p. 149).

[184] Dans ses motifs dissidents, le juge Gonthier a lui aussi reconnu l’importance des récusations péremptoires :

Le *Code criminel* donne à l’accusé, selon la gravité de l’infraction, un nombre variable de récusations péremptoires, au moyen desquelles il peut écarter des candidats-jurés. Déjà, [. . .] Blackstone avait exposé la raison d’être principale de ces récusations . . .

...

Ce sont encore de nos jours les raisons principales invoquées pour justifier les récusations péremptoires par l’accusé. Dans son article « Voir Dire : Preserving “Its Wonderful Power” » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, aux p. 552 à 555, Babcock attribue à ces fonctions de la récusation péremptoire les qualificatifs suivants : « éducatives » et « protectrices ». Le professeur Babcock ajoute aux propos de Blackstone, sur la fonction éducative, les précisions suivantes : non seulement elle permet à l’accusé de refuser d’accepter des candidats-jurés sans donner de motifs précis, *mais encore elle* [TRADUCTION] « *apprend au plaideur, et par son entremise à la collectivité, que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu’il y a lieu de suivre sa décision parce qu’en réalité, le jury appartient au plaideur . . .* » (à la p. 552). La fonction « protectrice » reste accessoire. Dans son rapport intitulé *Le jury*, paru en 1982, la Commission de réforme du droit du Canada a expliqué les récusations péremptoires de l’accusé de la même manière, aux p. 46 et 47. [Je souligne.]

(*Bain*, p. 115-116)

[185] Même si les récusations péremptoires ne garantissaient aucune composition particulière du

process ensured that accused persons were given a substantive role through having a meaningful opportunity to have their own subjective views about the impartiality of the jury respected.

[186] And while out-of-court processes for jury selection contain safeguards that are crucial, extensive research demonstrates that systemic factors disproportionately exclude marginalized prospective jurors at every step of the process, resulting in a system in which Indigenous and racialized persons are overrepresented as accused persons and victims, and underrepresented as jurors (see Roach (2020), at p. 355; G. T. Rocco, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario* (June 2018) (online), at pp. 11-12; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991) (“*Aboriginal Justice Inquiry*”), at pp. 377-87; F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013), at pp. 34, 55 and 60-63; M. Israel, “The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels” (2003), 25 *Law & Pol’y* 37, at p. 42; C. B. Davison, “The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories” (2020), 50 *Northern Review* 195, at pp. 201-3).

[187] As many Interveners argued, peremptory challenges were an important trial safeguard for an accused to try to secure representativeness from what can be unrepresentative random selections. As the Intervener the British Columbia Civil Liberties Association argued in its factum:

In light of the importance of jury diversity for jury impartiality, the weak upstream [out-of-court] jury processes addressed in *Kokopenace* must be counterbalanced with strong downstream [in-court] jury processes in *Chouhan*. Specifically, peremptory challenges are a vital last resort

jury, le processus assurait que l’accusé disposait d’un rôle substantiel en ayant une occasion réelle de faire respecter ses propres opinions subjectives quant à l’impartialité du jury.

[186] En outre, même si les procédures extrajudiciaires applicables à la sélection des jurés contiennent des mesures de protection qui sont cruciales, une recherche poussée démontre que des facteurs systémiques excluent disproportionnellement les candidats jurés marginalisés à chaque étape du processus, ce qui résulte en un système dans lequel les Autochtones et les personnes racisées sont surreprésentés parmi les accusés et les victimes et sous-représentés parmi les jurés (voir Roach (2020), p. 355; G. T. Rocco, *Report to the Canadian Judicial Council on Jury Selection in Ontario*, (juin 2018) (en ligne), p. 11-12; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991) (« *Aboriginal Justice Inquiry* »), p. 377-387; F. Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l’examen indépendant des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario mené par l’honorable Frank Iacobucci* (2013), p. 34, 55 et 60-63; M. Israel, « The Underrepresentation of Indigenous Peoples on Canadian Jury Panels » (2003), 25 *Law & Pol’y* 37, p. 42; C. B. Davison, « The Quest for Representative Juries in the Northwest Territories » (2020), 50 *Northern Review* 195, p. 201-203).

[187] Comme de nombreux intervenants l’ont plaidé, les récusations péremptoires constituaient une mesure de protection importante durant les procès pour que l’accusé tente d’obtenir une représentativité à partir de choix aléatoires qui pouvaient ne pas être représentatifs. Comme l’a plaidé l’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association dans son mémoire :

[TRADUCTION] À la lumière de l’importance de la diversité du jury pour garantir son impartialité, la faiblesse des processus en amont [hors du tribunal] menant à la sélection du jury dont il a été question dans l’arrêt *Kokopenace* doit être contrebalancée dans l’affaire *Chouhan* par des

for safeguarding the jury impartiality to which an accused is constitutionally entitled. . . . because the weak upstream protections for jury impartiality often result in homogeneous jury panels, stronger downstream protections, like peremptory challenges, must be maintained. [Emphasis deleted; para. 15.]

[188] This finds resonance in the factum of the Intervener the South Asian Bar Association:

It is often impossible to articulate a specific reason why a juror might not be suitable, and it may come down to an unfriendly glance, a suspicious glare, or an unwillingness to look at the accused at all. Peremptory challenges gave people of colour at least some say in who would make it on to their often all-white juries — even if it provided no guarantee that the people who attended court for jury duty would actually look like them. [para. 12]

[189] Peremptory challenges therefore ensured the possibility of selecting a jury that, in the eyes of the accused and based on their own perceptions of potential prejudice, would be fairer. As Stevenson J., concurring, held in *Bain*:

What s. 11(d) of the *Charter* requires is that there be, at minimum, a reasonable apprehension that juries generated by the selection process are impartial. *Allowing the accused to have a manifest role in that process confirms that the appearance of fairness and impartiality is maintained.* [Emphasis added; p. 161.]

[190] It is not only an accused's confidence in trial fairness that is at stake, but the public's confidence that the jury is impartial. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694:

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. . . . *The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice.* Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code*

processus robustes en aval [au tribunal]. Plus précisément, les récusations péremptoires sont le dernier rempart vital pour sauvegarder l'impartialité du jury à laquelle l'accusé a droit en vertu de la Constitution. [. . .] [P]arce que les mesures de protection applicables en amont pour garantir l'impartialité du jury aboutissent souvent à des jurys homogènes, il est impératif de maintenir les mesures de protection plus robustes qui existent en aval, comme les récusations péremptoires. [Soulignement omis; par. 15.]

[188] Cela trouve écho dans le mémoire de l'intervenante South Asian Bar Association :

[TRADUCTION] Il est souvent impossible d'exprimer de façon précise pourquoi un juré pourrait ne pas convenir, et cela peut tenir à un regard inamical, à un coup d'œil suspect, ou à un refus de même regarder l'accusé. Les récusations péremptoires donnaient aux personnes de couleur au moins un mot à dire quant à ceux qui finiraient par constituer leur jury souvent composé exclusivement de Blancs — même si cela ne donnait aucune garantie que les personnes qui se présentaient au tribunal pour faire partie d'un jury leur ressembleraient réellement. [par. 12]

[189] Les récusations péremptoires garantissaient donc la possibilité de sélectionner un jury qui, aux yeux de l'accusé et sur le fondement de ses propres perceptions de l'existence de préjugés potentiels, serait plus équitable. Comme le juge Stevenson l'a conclu dans des motifs concordants de l'arrêt *Bain* :

L'al. 11d) de la *Charte*, exige en fait que l'on ait pour le moins l'impression raisonnable que les jurys résultant du processus de sélection sont impartiaux. *Le rôle manifeste accordé à l'accusé dans ce processus vient préserver l'impression d'équité et d'impartialité.* [Je souligne; p. 161.]

[190] Ce n'est pas uniquement la confiance d'un accusé dans l'équité du procès qui est en jeu, mais celle du public que le jury est impartial. Comme l'a écrit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694 :

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. [. . .] *L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend.* Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu

gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1). [Emphasis added; p. 710.]

That impartiality, as a number of Interveners pointed out, is not possible without acknowledging the reality of the existence of discrimination in the public from which juries are selected.

[191] In *Parks*, Doherty J.A. observed that “[r]acism, and in particular anti-black racism, is a part of our community’s psyche” (p. 342). Writing for a unanimous court, he held that a challenge for cause to the entire panel based on widespread racial prejudice should have been allowed, so that the defence could ask each prospective juror in a murder trial whether their ability to judge the evidence without bias, prejudice or partiality would be affected by the fact that the accused was a black Jamaican immigrant and the deceased was a white man. *Parks* was expanded to all black accused in Ontario in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), and to all visible minorities in Ontario in *R. v. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668 (C.A.), at p. 677.

[192] This Court endorsed *Parks* in *Williams*. Mr. Williams, an Indigenous man charged with robbery, led evidence of widespread prejudice against Indigenous persons in the community to ground a challenge for cause. Writing for a unanimous Court, McLachlin J. held that “[r]acism against aboriginals includes stereotypes that relate to credibility, worthiness and criminal propensity” and “[t]here is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system” (para. 58). And, regrettably, this systemic discrimination risks wrongful convictions (see Nova Scotia, *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Digest of Findings and Recommendations* (1989)). As McLachlin J. wrote in *Williams*:

aussi que le *Code* confère à l’accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1). [Je souligne; p. 710.]

Comme de nombreux intervenants l’ont signalé, il est impossible de parvenir à cette impartialité sans reconnaître la réalité de l’existence de discrimination dans le public parmi lequel les jurés sont sélectionnés.

[191] Dans la décision *Parks*, le juge Doherty a noté que [TRADUCTION] « [l]e racisme, et en particulier le racisme anti-Noirs, fait partie de la psyché de notre communauté » (p. 342). Au nom d’une cour unanime, il a conclu qu’une récusation motivée pour l’ensemble du tableau et fondée sur un préjudice racial répandu aurait dû être autorisée, ce qui aurait permis à la défense de demander à chaque candidat juré susceptible de servir dans le cadre d’un procès pour meurtre si sa capacité à juger la preuve sans parti pris, préjugé ou partialité serait altérée par le fait que l’accusé était un immigrant jamaïcain noir et que le défunt était un homme blanc. La portée de l’arrêt a été étendue à tous les accusés noirs en Ontario par la décision *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), et à toutes les minorités visibles en Ontario par la décision *R. c. Koh* (1998), 42 O.R. (3d) 668 (C.A.), p. 677.

[192] La Cour a souscrit à la décision *Parks* dans l’arrêt *Williams*. Monsieur Williams, un Autochtone accusé de vol, a présenté la preuve d’un préjugé répandu dans la communauté contre les Autochtones pour fonder une récusation motivée. Au nom d’une Cour unanime, la juge McLachlin a conclu que « [l]e racisme dont sont victimes les Autochtones comprend des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité » et qu’« [i]l y a une preuve que ce racisme largement répandu s’est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale » (para. 58). En outre, malheureusement, cette discrimination systémique risque d’entraîner des déclarations de culpabilité injustifiées (voir Nouvelle-Écosse, *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Digest of Findings and Recommendations* (1989)). Comme la juge McLachlin l’a écrit dans l’arrêt *Williams* :

Racial prejudice and its effects are as invasive and elusive as they are corrosive. 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. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudices to be examined. [para. 22]

[193] Or, as Binnie J. noted in *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458:

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*. [Emphasis added; para. 1.]

[194] Peremptory challenges were an imperfect, but significant tool for the accused to try to weed out this potential bias. They served as a safety valve for those who perceived a risk of prejudice but could not successfully bring a challenge for cause because they could not show that the prospective juror “may possess biases that cannot be set aside” (*R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 26, per McLachlin C.J.). Any lingering doubt that the prospective juror would decide the case fairly could be remedied by exercising a peremptory challenge (*Cloutier* (SCC), at p. 720). Impartiality, therefore, animated the use of peremptory challenges from the accused’s perspective.

[195] The test for impartiality is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude” (*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J.). An informed person would know that, throughout history, peremptory challenges enabled an accused to veto some prospective jurors without proof of cause and to influence the ultimate composition of the jury. An informed person would understand the history of discrimination faced by disadvantaged groups in Canadian society, recognize widespread and systemic racism and account for diverse realities (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3

Les préjugés raciaux et leurs effets sont tout aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs. 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. S’il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d’examiner les préjugés. [par. 22]

[193] Ou, comme l’a noté le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458 :

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*. [Je souligne; par. 1.]

[194] Les récusations péremptoires étaient un outil imparfait, mais important, pour que l’accusé puisse tenter d’éliminer ce parti pris potentiel. Elles servaient de soupape de protection pour ceux qui percevaient un risque de partialité, mais qui n’étaient pas en mesure de demander une récusation motivée faute de pouvoir démontrer que le candidat juré « nourri[ssait] des préjugés qui ne pouvaient être écartés » (*R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 26, la juge en chef McLachlin). Il pouvait être remédié à tout doute subsistant quant au fait que le candidat juré déciderait de l’affaire équitablement en recourant à une récusation péremptoire (*Cloutier* (CSC), p. 720). Ainsi, du point de vue de l’accusé, l’impartialité motivait le recours aux récusations péremptoires.

[195] Le test de l’impartialité est celui de savoir « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré). Une personne bien renseignée est censée savoir que, tout au long de l’histoire, les récusations péremptoires ont permis à l’accusé d’exercer un veto sans motif à l’égard de certains candidats jurés et d’influencer la composition finale du jury. Une personne bien renseignée est censée comprendre l’histoire de la discrimination à laquelle ont fait face les groupes désavantagés dans la société canadienne, reconnaître

S.C.R. 484, at pp. 507-9, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ., and at p. 531, per Cory J.; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (Ont. C.A.), per Doherty J.A.; *R. v. Le*, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 73, per Brown and Martin JJ.).

[196] An informed person would therefore take into account the perspective of a non-white accused person facing the prospect of trial by an all-white jury. Having thought the matter through, an informed person might reasonably lose confidence in the criminal jury system *unless* there are safeguards that can *guarantee* that Canadian juries will be impartial and representative.

[197] Peremptory challenges were such a safeguard, intended to counteract the reality of discrimination and the systemic factors that tended to result in homogenous jury panels and adversely affect the fair trial rights of a non-white accused. Peremptory challenges were used by them to try to make room for a more diverse jury. I simply do not agree with my colleagues that “the *true* value of this ‘benefit’ was doubtful”. The value may be ineffable, but it is no less real to the perception of fairness for a non-white accused. Without a meaningful opportunity to influence the composition of the jury, a non-white accused on trial before an all-white jury may not feel that the jury represents “a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*Sherratt*, at p. 524).

[198] It is true that there is a “presumption that jurors are capable of setting aside their views and prejudices and acting impartially” (*Find*, at para. 26). It is worth remembering, however, that for hundreds of years, juries composed only of men were accepted as impartial (*R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at para. 56, per McLachlin J., concurring; *Sherratt*, at p. 524). But we have developed an evolutionary sophistication about what impartiality means,

l’existence d’un racisme répandu et systémique et rendre compte de diverses réalités (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, p. 507-509, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin, et p. 531, le juge Cory; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (C.A. Ont.), le juge Doherty; *R. c. Le*, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 73, les juges Brown et Martin).

[196] Une personne bien renseignée tiendrait donc compte du point de vue d’un accusé non blanc susceptible de subir un procès devant un jury composé exclusivement de Blancs. Après y avoir mûrement réfléchi, une personne bien renseignée pourrait raisonnablement perdre confiance dans le système criminel qui fait appel à des jurys, à *moins* qu’il n’existe des mesures de protection qui peuvent *garantir* que les jurys canadiens seront impartiaux et représentatifs.

[197] Les récusations péremptoires constituaient une telle mesure de protection, qui visait à faire contrepoids à la réalité de la discrimination et aux facteurs systémiques qui tendaient à donner lieu à des tableaux de jurés homogènes et à miner le droit à un procès équitable des accusés non blancs. Les récusations péremptoires étaient utilisées par ces derniers pour obtenir des jurys plus diversifiés. Je ne souscris tout simplement pas à l’opinion de mes collègues selon laquelle « la *vraie* valeur de cet “avantage” était douteuse ». Cette valeur pouvait être indéfinissable, mais elle n’en était pas moins réelle pour la perception d’équité aux yeux d’un accusé non blanc. Privé d’une possibilité réelle d’influencer la composition du jury, un accusé non blanc qui subit un procès devant un jury composé exclusivement de Blancs peut ne pas avoir le sentiment que le jury est formé d’un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[198] Certes, il existe une « prés[omption] que les jurés sont capables de faire abstraction de leurs opinions et préjugés et d’agir sans partialité » (*Find*, par. 26). Il vaut toutefois la peine de se rappeler que, durant des siècles, on jugeait que les jurys composés uniquement d’hommes étaient impartiaux (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56, la juge McLachlin, motifs concordants; *Sherratt*, p. 524). Nous avons toutefois acquis au fil du temps une

including that fairness must not only be done, it must be seen to be done. A jury that does not look fair to an accused may not, to that accused person, be perceived as fair if he or she is not given the chance to meaningfully participate in its selection by removing a juror who seems to be partial against them.

[199] Representativeness “is an important guarantor of impartiality” (*Kokopenace*, at para. 50; *Williams*, at para. 47), and its absence undermines the appearance of fairness and the ability of the jury to perform the functions that make it beneficial in the first place. As Moldaver J. explained in *Kokopenace*:

In contrast to its limited role in s. 11(d), the role of representativeness in s. 11(f) is broader. Representativeness not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury’s role as the “conscience of the community” and promotes public trust in the criminal justice system: *Sherratt*, at pp. 523-25; *Church of Scientology*, at pp. 118-20. Representativeness is thus a necessary component of an accused’s s. 11(f) right to a jury trial.

...

Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury. [paras. 55-57]

[200] Representativeness matters not because a juror’s personal characteristics are indicative of how he or she will decide the case, but because if the right to be tried by a jury of one’s peers means anything, it means that members of a jury must be, and be seen to be, open-minded, regardless of their own or the accused’s race, religion, sex, gender identity, sexual orientation, political affiliations, age or economic status (see M. Minow, “Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, at p. 1217; D. Ramirez, “Affirmative Jury Selection: A Proposal to Advance Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity” (1998), *U. Chicago Legal F.* 161, at pp. 162-66;

vision plus raffinée de ce que signifie l’impartialité, et jugé notamment qu’il ne suffit pas que justice soit faite, mais qu’il faut aussi qu’il y ait apparence de justice. Un jury qui ne semble pas juste à l’endroit d’un accusé peut ne pas être perçu comme juste par cet accusé si celui-ci n’a pas eu l’occasion de participer utilement à la sélection du jury en excluant un candidat juré qui semble partial à son endroit.

[199] La représentativité « est un gage important d’impartialité » (*Kokopenace*, par. 50; *Williams*, par. 47), et son absence mine l’apparence d’équité et la capacité du jury de s’acquitter des fonctions mêmes qui le rendent bénéfique. Comme l’a expliqué le juge Moldaver dans l’arrêt *Kokopenace* :

Si la représentativité joue un rôle limité dans l’application de l’al. 11d), son rôle dans l’application de l’al. 11f) est important. Non seulement la représentativité favorise l’impartialité, mais elle confère également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale : *Sherratt*, p. 523-525; *Church of Scientology*, p. 118-120. La représentativité est donc une composante essentielle du droit, reconnu à l’accusé par l’al. 11f), à un procès devant jury.

...

Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l’al. 11f), à un procès avec jury. [par. 55-57]

[200] La représentativité importe, non pas parce que les caractéristiques personnelles d’un candidat juré indiquent comment il ou elle décidera la cause, mais parce que si le droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs doit avoir un sens, cela signifie que les membres d’un jury doivent être, et avoir l’apparence d’être, ouverts d’esprit, sans égard à leur propre race, religion, sexe, identité de genre, orientation sexuelle, affiliations politiques, âge ou statut économique, et sans égard à ces caractéristiques chez l’accusé (voir M. Minow, « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, p. 1217; D. Ramirez, « Affirmative Jury Selection : A Proposal to Advance

Kettles, at p. 466). And that means a jury that looks more like Canada.

[201] The abolition of peremptory challenges was motivated by the public perception that *homogenous* juries compromise trial fairness and the legitimacy of jury verdicts, as occurred in the trial of Gerald Stanley. The subversion of the use of peremptory challenges on racial grounds, in order to *avoid* a representative jury by excluding visibly Indigenous prospective jurors, resulted in Stanley being tried by an all-white jury for the second-degree murder of a Cree man, Colten Boushie (Roach (2018), at pp. 271-78).

[202] Similar abuses occurred in *R. v. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (Gen. Div.)), where a white accused police officer peremptorily challenged black jurors in a case alleging police violence against a black resident of Toronto, and in the trial for the murder of Helen Betty Osborne, a 19-year old Cree girl, where all Indigenous persons were challenged peremptorily, resulting in an all-white jury (*Aboriginal Justice Inquiry*, at pp. 377-87; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), at pp. 85-87; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.)).

[203] These abuses can never be justified.

[204] But this does not mean that, fairly and properly exercised, using peremptory challenges to create what to the accused is an impartial and representative jury, was any less a substantive part of an accused's fair trial rights.

[205] Peremptory challenges and the right to use them protected the accused's perception of trial fairness by safeguarding their substantive right to

Both the Deliberative Ideal and Jury Diversity » (1988), *U. Chicago Legal F.* 161, p. 162-166; Kettles, p. 466). Et cela signifie un jury qui ressemble davantage au Canada.

[201] L'abrogation des récusations péremptoires a été motivée par la perception du public que les jurys *homogènes* compromettent l'équité des procès ainsi que la légitimité de leurs verdicts, comme cela s'est passé dans le procès de Gerald Stanley. La subversion de l'utilisation des récusations péremptoires pour des motifs fondés sur la race, afin d'*éviter* la constitution d'un jury représentatif en excluant les candidats jurés visiblement autochtones, a entraîné la tenue du procès de M. Stanley devant un jury composé exclusivement de Blancs pour le meurtre au deuxième degré d'un homme Cri, Colten Boushie (Roach (2018), p. 271-278).

[202] Des abus semblables se sont produits dans l'affaire *R. c. Lines*, [1993] O.J. No. 3284 (QL) (C.J. (div. gén.)) — où l'accusé, un policier blanc, a récusé péremptoirement les candidats jurés noirs dans une cause d'allégation de violence policière contre un résident noir de Toronto —, ainsi que dans le procès pour meurtre d'Helen Betty Osborne — une femme Cri âgée de 19 ans, où toutes les personnes autochtones ont été récusées péremptoirement, ce qui a abouti à un jury composé exclusivement de Blancs (*Aboriginal Justice Inquiry*, p. 377-387; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 2, *The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper* (1991), p. 85-87; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.)).

[203] Ces abus ne sauraient jamais être justifiés.

[204] Cela ne veut toutefois pas dire que, lorsqu'on y avait recours équitablement et correctement, l'utilisation des récusations péremptoires pour créer ce qui, aux yeux de l'accusé, est un jury impartial et représentatif faisait moins partie pour autant du droit substantiel de l'accusé à un procès équitable.

[205] Les récusations péremptoires et le droit d'y avoir recours protégeaient la perception d'équité qu'avait l'accusé en sauvegardant son droit

contribute meaningfully to the composition of the jury (*Bain*, at pp. 150-51, per Stevenson J., concurring, and at pp. 115-16, per Gonthier J., dissenting). They enabled accused persons to directly influence the composition of a “jury of their peers” and attempt to secure representativeness, thereby “heighten[ing] an accused’s perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal” (*Sherratt*, at p. 533).

[206] Abolishing peremptory challenges, therefore, diminished the right of accused persons to meaningfully participate in jury selection and to influence the ultimate composition of the jury. Their abolition affected the substantive rights of an accused to participate in the selection of an impartial and representative jury, as guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. It is hard to think of anything that has a more direct impact on an accused’s fair trial rights than the perception that he or she has been tried by a fairly chosen, impartial and representative jury.

[207] Even the Minister of Justice recognized the significant potential impact of repealing peremptory challenges on the fair trial rights of the accused:

The elimination of peremptory challenges from the *Criminal Code* may engage the fair trial rights of the accused as protected by sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

(Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (March 2018) (online))

And before this Court, the Attorney General of Canada acknowledged that the abolition of peremptory challenges affected the substantive rights of accused persons and could only apply prospectively.

[208] Since there is no doubt that an accused’s fair trial rights are “necessarily substantive” (*Dineley*,

substantiel de participer réellement à la sélection du jury (*Bain*, p. 150-151, le juge Stevenson, motifs concordants, et p. 115-116, le juge Gonthier, dissident). Elles permettaient à l’accusé d’influencer directement la composition d’un « jury formé de ses pairs » et de tenter d’assurer la représentativité de celui-ci, ce qui « intensifi[ait son] sentiment [. . .] qu’il [. . .] bénéfici[ait] d’un tribunal constitué équitablement » (*Sherratt*, p. 533).

[206] L’abolition des récusations péremptoires a donc restreint le droit de l’accusé de participer utilement à la sélection du jury et d’influencer la composition ultime de ce dernier. Cette abolition a porté atteinte aux droits substantiels de l’accusé de participer à la sélection d’un jury impartial et représentatif, qui lui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Il est difficile de concevoir quelque chose qui a une incidence plus directe sur le droit de l’accusé à un procès équitable que la perception qu’il a été jugé par un jury choisi équitablement, impartial et représentatif.

[207] Même la ministre de la Justice a admis que l’abrogation des récusations péremptoires pourrait porter une atteinte importante au droit de l’accusé à un procès équitable :

L’élimination des récusations péremptoires du *Code criminel* pourrait mettre en jeu les droits de l’accusé à un procès équitable, droits garantis aux alinéas 11d) et 11f) de la *Charte*.

(Canada, ministère de la Justice, *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* (mars 2018) (en ligne))

En outre, devant la Cour, le procureur général du Canada a reconnu que l’abolition des récusations péremptoires a porté atteinte aux droits substantiels de l’accusé et qu’elle ne pouvait s’appliquer que prospectivement.

[208] Puisqu’il ne fait aucun doute que le droit d’un accusé à un procès équitable est « forcément

at para. 21), the legislation abolishing peremptory challenges affected substantive rights and could only have prospective effect. The repeal on the day of Mr. Chouhan's scheduled jury selection should not, as a result, have applied to his trial.

[209] The remaining question is whether the trial judge's error in denying Mr. Chouhan the right to use peremptory challenges can be cured by the proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*.

[210] The proviso only applies if the accused suffered no prejudice, meaning that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred (*R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 16-18, per Arbour J.). It can only salvage the conviction if the error is minor or harmless, or if the case is overwhelming, so that there is no reasonable possibility that the verdict might have been different (*R. v. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246 (C.A.) ("*Cloutier* (C.A.)"), at para. 29, per Goodman J.A.; *Khan*, at paras. 16 and 28-31; *R. v. White*, [2011] 1 S.C.R. 433, at paras. 93-94, per Rothstein J.).

[211] Peremptory challenges were one of the core safeguards that ensured the impartiality of the jury. When an error "interferes with the accused's use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined" (*R. v. Davey*, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 55, per Karakatsanis J.). The Crown must rebut the presumption of prejudice and show that "interference with the accused's right to meaningfully engage in the peremptory challenge process . . . did not give rise to an appearance of unfairness that would amount to a miscarriage of justice" (*Davey*, at para. 55, fn. 5).

[212] Mr. Chouhan's case was not so overwhelming that any trier of fact would inevitably convict (*Khan*, at para. 16; *Cloutier* (C.A.), at para. 29). The evidence was entirely circumstantial, and Mr. Chouhan testified and denied the allegations. The case, therefore, is not one where "any other

de nature substantielle » (*Dineley*, par. 21), la loi qui a aboli les récusations péremptoires a porté atteinte à un droit substantiel et ne pouvait s'appliquer que prospectivement. L'abrogation le jour prévu pour la sélection du jury de M. Chouhan n'aurait donc pas dû s'appliquer dans le cadre de son procès.

[209] La question qui subsiste est celle de savoir si l'erreur du juge du procès de refuser à M. Chouhan le droit de recourir à des récusations péremptoires peut être réparée par la disposition énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*.

[210] Cette disposition ne s'applique que si l'accusé n'a pas subi de préjudice, ce qui signifie qu'il n'y a pas eu de tort important ou d'erreur judiciaire grave (*R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 16-18, la juge Arbour). Elle ne peut préserver la déclaration de culpabilité que si l'erreur est mineure et inoffensive, ou si la cause contre l'accusé est accablante, de sorte qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent (*R. c. Cloutier* (1988), 27 O.A.C. 246 (C.A.) (« *Cloutier* (C.A.) »), par. 29, le juge Goodman; *Khan*, par. 16 et 28-31; *R. c. White*, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 93-94, le juge Rothstein).

[211] Les récusations péremptoires étaient une des mesures de protection principales qui assuraient l'impartialité du jury. Lorsqu'une erreur « nuit à l'utilisation par l'accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise » (*R. c. Davey*, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 55, la juge Karakatsanis). La Couronne doit réfuter la présomption de préjudice et démontrer que « l'atteinte au droit de l'accusé de participer utilement au processus des récusations péremptoires [. . .] n'a pas fait naître une apparence d'iniquité constituant une erreur judiciaire » (*Davey*, par. 55, n. 5).

[212] La cause contre M. Chouhan n'était pas à ce point accablante qu'un juge des faits le déclarerait nécessairement coupable (*Khan*, par. 16; *Cloutier* (C.A.), par. 29). La preuve était entièrement circonstancielle, et M. Chouhan a témoigné et nié les allégations. En conséquence, le cas n'en est pas un dans

verdict but a conviction would be impossible” (*Khan*, at para. 31).

[213] Nor was the error minor or harmless. It was one that affected Mr. Chouhan’s substantive right to meaningfully participate in the selection of his jury. As the Crown conceded before this Court, “if trial fairness is negatively affected, then the proviso can’t apply” (transcript, at p. 24). Since the denial of peremptory challenges adversely affected Mr. Chouhan’s substantive fair trial rights, the error was not harmless.

[214] Absent the error, Mr. Chouhan could have peremptorily challenged up to 20 prospective jurors. He raised impartiality concerns about four of them, but three were nonetheless selected for the jury. The trial judge found that Mr. Chouhan’s subjective perception of potential prejudice was outweighed by each juror’s negative answer under oath when asked: “Would your ability to judge the evidence in this trial fairly be affected by the fact that Mr. Chouhan is a person of Indian descent?”

[215] Because the trial judge failed to invite more probing questions or stand those jurors aside, the prejudice to Mr. Chouhan’s fair trial rights remained. Had Mr. Chouhan been able to use his peremptory challenges, he would not have been judged by three people he believed were biased against him.

[216] It is true that the trial judge stood aside one prospective juror, but the juror’s conduct was hardly subtle — Mr. Chouhan informed the court that she made a rude gesture at him with her middle finger.

[217] But Mr. Chouhan was denied the ability to rid the jury of three other people he intuitively felt would not judge him fairly, which is the purpose of peremptory challenges. To him, their presence on the jury, despite his request that they be removed for

lequel « il serait impossible d’obtenir un verdict autre qu’une déclaration de culpabilité » (*Khan*, par. 31).

[213] En outre, l’erreur commise n’était ni mineure ni inoffensive. Il s’agit d’une erreur qui a porté atteinte au droit substantiel de M. Chouhan de participer utilement à la sélection de son jury. Comme la Couronne l’a concédé devant la Cour [TRADUCTION] « si l’équité d’un procès est minée, la disposition ne peut s’appliquer » (transcription, p. 24). Puisque l’interdiction faite à M. Chouhan de recourir aux récusations péremptoires a nui à son droit substantiel à un procès équitable, l’erreur n’a pas été inoffensive.

[214] N’eût été cette erreur, M. Chouhan aurait pu récuser péremptoirement jusqu’à 20 candidats jurés. Il a soulevé des préoccupations quant à l’impartialité de quatre d’entre eux, mais trois parmi ceux-ci ont tout de même été sélectionnés pour faire partie du jury. Le juge du procès a conclu que la réponse négative sous serment de chaque juré à la question : « Votre capacité de juger la preuve équitablement dans ce procès sera-t-elle affectée par le fait que M. Chouhan est d’origine indienne? » l’a emporté sur la perception subjective de M. Chouhan d’un préjugé potentiel.

[215] Parce que le juge du procès n’a pas posé de questions plus approfondies ou écarté ces jurés, le préjudice au droit de M. Chouhan de subir un procès équitable a subsisté. Si M. Chouhan avait été en mesure d’utiliser ses récusations péremptoires, il n’aurait pas été jugé par trois personnes qui, selon lui, avaient un parti pris à son endroit.

[216] Il est vrai que le juge du procès a écarté une candidate jurée, mais la conduite de celle-ci n’avait guère été subtile — M. Chouhan a informé la cour que cette candidate jurée avait posé un geste vulgaire à son intention avec son majeur.

[217] Le juge a toutefois refusé à M. Chouhan le droit d’exclure du jury trois autres personnes qui, selon son intuition, ne le jugeraient pas équitablement — la raison d’être des récusations péremptoires. Pour lui, leur présence dans le jury, en dépit

bias, meant that he did not have an impartial jury. This is a prejudicial impact without a cure.

[218] And this error is one that has an impact not only on Mr. Chouhan's confidence in the administration of justice, but the public's as well. The trial judge's error in not permitting Mr. Chouhan to use his peremptory challenges was exacerbated by his failure to safeguard, through probing questions or stand asides, the rights of an accused who is a member of a racial minority. This resulted in Mr. Chouhan not being judged by a jury he perceived to be impartial and representative. This adverse impact on his fair trial rights cannot be cured by the proviso.

[219] In the companion appeal, *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 S.C.R. 101, at para. 52, Moldaver and Brown JJ. suggest in *obiter* that "a stricter standard might be required under s. 686(1)(b)(iv)". In my respectful view, under either standard, the proviso cannot apply in this case given the prejudice caused by the error.

[220] I would therefore dismiss the Crown's appeal from the Court of Appeal's conclusion that the repeal did not apply to Mr. Chouhan's trial and Mr. Chouhan's cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Overview

[221] Edmund Burke once wrote that "however sagacious and observing he may be, it is with infinite caution that any man ought to venture upon pulling down an edifice which has answered in any tolerable degree for ages the common purposes of society" (*Reflections on the Revolution in France* (1790), at p. 90). In Parliament's haste to respond

de sa demande qu'elles soient exclues pour partialité, a signifié qu'il n'a pas été jugé par un jury impartial. Il s'agit d'une atteinte préjudiciable qui ne peut être réparée.

[218] En outre, cette erreur en est une qui porte atteinte non seulement à la confiance de M. Chouhan envers l'administration de la justice, mais également à celle du public. L'erreur du juge du procès de ne pas autoriser M. Chouhan à utiliser ses récusations péremptoires a été exacerbée par son échec à sauvegarder les droits d'un accusé qui est membre d'une minorité raciale, en posant des questions approfondies ou ne procédant à des mises à l'écart. Monsieur Chouhan n'a donc pas été jugé par un jury qu'il percevait comme étant impartial et représentatif. Il ne peut être remédié par la disposition réparatrice à cette atteinte préjudiciable à son droit à un procès équitable.

[219] Dans l'appel conjoint *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101, par. 52, les juges Moldaver et Brown suggèrent dans une remarque incidente qu'une « norme plus stricte pourrait être nécessaire pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv) ». À mon avis, à l'aune de l'une ou de l'autre de ces normes, la disposition ne peut pas s'appliquer en l'espèce, compte tenu du préjudice causé par l'erreur.

[220] Je suis donc d'avis de rejeter l'appel interjeté par la Couronne de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'abrogation ne s'appliquait pas au procès de M. Chouhan et l'appel incident de M. Chouhan.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Aperçu

[221] Edmund Burke a écrit : « . . . quels que soient sa sagacité et ses dons d'observation — ce n'est qu'avec des précautions infinies qu'on serait en droit d'entreprendre la destruction d'un édifice qui pendant de longs siècles a répondu de façon tant soit peu acceptable aux fins générales de la société . . . » (*Réflexions sur la révolution de France* (1989),

to an individual case, it committed this very error. It failed to understand why peremptory challenges had accompanied jury trials for over 700 years. It ignored the voices of racialized and other marginalized persons calling out for a chance to maintain the benefit of trial by jury.

[222] In *An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2019, c. 25 (“*Amending Act*”), Parliament abolished peremptory challenges under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In doing so, it substantially diminished the benefit of trial by jury for Mr. Chouhan and many other accused persons, particularly racialized and other marginalized persons.

[223] Mr. Chouhan’s trial for first degree murder was scheduled to begin on the same day that s. 269 of the *Amending Act* took effect. At jury selection, the trial judge denied Mr. Chouhan the right to peremptorily challenge potential jurors, and thus he was unable to meaningfully participate in selecting the jurors who would try him. On four occasions, he objected to potential jurors based on gestures or actions that made him uncomfortable. The trial judge stood aside one of these potential jurors but allowed the other three to serve.

[224] Mr. Chouhan argues that his trial did not comply with ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleagues, like the courts below, focus their analysis on s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion, the analysis must begin with s. 11(f) of the *Charter* because its guarantee is broader than that of s. 11(d).

[225] Section 11(f) guarantees that all persons charged with non-military crimes punishable by a maximum term of imprisonment of five years or more have the right to benefit from trial by jury. In

p. 77-78). Le Parlement a commis cette erreur même dans son empressement à vouloir répondre à un cas d’espèce. Le Parlement n’a pas compris pourquoi les récusations péremptoires ont accompagné les procès avec jury depuis plus de 700 ans. Il a ignoré les voix des personnes racisées et d’autres personnes marginalisées qui réclamaient l’opportunité de maintenir le bénéfice d’un procès avec jury.

[222] Dans la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25 (« *Loi modificatrice* »), le Parlement a aboli les récusations péremptoires de jurés prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ce faisant, le Parlement a substantiellement diminué le bénéfice d’un procès avec jury pour M. Chouhan et pour beaucoup d’autres accusés, en particulier, les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées.

[223] Le procès de M. Chouhan pour meurtre au premier degré devait débiter le même jour que celui de l’entrée en vigueur de l’art. 269 de la *Loi modificatrice*. Lors de la sélection du jury, le juge du procès a nié à M. Chouhan le droit de récuser péremptoirement des candidats jurés et ce dernier n’a conséquemment pas été en mesure de véritablement participer à la sélection des jurés qui le jugeraient. À quatre occasions, M. Chouhan s’est opposé à la sélection de candidats jurés en raison de gestes ou d’actions qui l’ont mis mal à l’aise. Le juge du procès a mis à l’écart l’un de ces candidats jurés, mais a permis aux trois autres de servir comme jurés.

[224] Monsieur Chouhan plaide que son procès n’a pas été conforme aux al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mes collègues, à l’instar des tribunaux de juridiction inférieure, ont axé leurs analyses sur l’al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, l’analyse doit commencer par l’al. 11f) de la *Charte*, parce que les garanties qu’il offre sont plus vastes que celles offertes par l’al. 11d).

[225] L’alinéa 11f) garantit à tout inculpé le droit, sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il

order to provide the benefit of trial by jury, a jury must possess certain core characteristics, including impartiality, representativeness and competence. Each of these three characteristics fosters the benefit of trial by jury. The abolition of peremptory challenges substantially reduces the benefit of jury trials by eroding these three characteristics.

[226] Peremptory challenges permit accused persons to strike at hidden, subtle and unconscious biases that are undoubtedly present in the jury array and that go unaddressed by challenges for cause. They also give accused persons the opportunity to try to obtain more representative and diverse juries. Finally, peremptory challenges allow accused persons to strike jurors whose life experiences are so acutely different to their own that they may be unable to deliver the benefit of trial by jury.

[227] There is a sad irony to this case. Parliament eliminated peremptory challenges because it saw them as an arbitrary tool used to perpetuate systemic racism and discriminate against jurors who are racialized or other marginalized persons. The reality is, however, that peremptory challenges are far from arbitrary. More particularly, for accused persons who are racialized or otherwise marginalized, they are a lifeline to combat unconscious biases and discrimination. In the words of one of the interveners, the Canadian Association of Black Lawyers:

Parliament failed to give proper consideration to the impact of the abolition of peremptory challenges on Black accused, the result of which is the exacerbation of the very issue that it claimed to fix: systemic racism.

(I.F., at para. 3)

[228] That intervenor was not alone. Defence advocates representing a wide spectrum of

est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave. Afin d'offrir le bénéfice d'un procès avec jury, un jury doit posséder certaines caractéristiques essentielles, y compris l'impartialité, la représentativité et la compétence. Chacune de ces trois caractéristiques favorise le bénéfice d'un procès avec jury. L'abolition des récusations péremptoires réduit substantiellement le bénéfice des procès avec jury en érodant ces trois caractéristiques.

[226] Les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées de s'attaquer à des biais cachés, subtils et inconscients qui sont indubitablement présents dans le tableau des jurés et auxquels les récusations motivées ne peuvent pas remédier. Elles donnent aussi aux personnes accusées l'occasion de tenter d'obtenir des jurys plus représentatifs et diversifiés. Enfin, les récusations péremptoires permettent aux personnes accusées d'exclure les jurés dont les expériences personnelles sont si profondément différentes des leurs qu'ils pourraient ne pas être aptes à livrer le bénéfice d'un procès avec jury.

[227] Il y a un triste paradoxe en l'espèce. Le Parlement a éliminé les récusations péremptoires parce qu'il estimait qu'elles étaient un outil arbitraire utilisé afin de perpétuer le racisme systémique et la discrimination à l'encontre des jurés qui sont des personnes racisées ou d'autres personnes marginalisées. En réalité, les récusations péremptoires sont toutefois loin d'être arbitraires. En particulier, pour les accusés qui sont racisés ou autrement marginalisés, les récusations péremptoires sont la bouée de sauvetage leur permettant de lutter contre les biais inconscients et la discrimination. Comme l'explique l'une des intervenantes, la Canadian Association of Black Lawyers :

[TRADUCTION] Le Parlement a omis d'accorder suffisamment d'attention à l'incidence de l'abolition des récusations péremptoires sur les accusés noirs; il en résulte une aggravation de la question même qu'il prétendait régler : le racisme systémique.

(m. interv., par. 3)

[228] Cette intervenante n'était pas la seule. Des militants des droits de la défense représentant une

organizations — including a number of racialized communities — implored us to understand and recognize the negative impact that the abolition of peremptory challenges would have on racialized and other marginalized persons. Their position is supported by the evidence before the trial judge.

[229] Peremptory challenges are not perfect. I acknowledge that they can be used in a discriminatory way. However, in attempting to combat the difficulties raised by peremptory challenges, Parliament had many options. It did not need to preserve peremptory challenges unchanged, but it did need to consider the interests of accused persons. The proper course of action for Parliament was not to abolish peremptory challenges but to regulate them. Its failure to do so is not minimally impairing. Therefore, s. 269 of the *Amending Act* infringes s. 11(f) of the *Charter*, as it is not a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society (*Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at paras. 120-21). To the extent that it abolishes peremptory challenges, I would declare s. 269 of the *Amending Act* to be of no force or effect.

[230] Since I find that the abolition of peremptory challenges infringes s. 11(f), I need not determine whether it also infringes s. 11(d). However, it is clear that the abolition of peremptory challenges at least affects s. 11(d). Had I not found a constitutional infringement, I would have found, like my colleague Justice Abella, that the abolition of peremptory challenges clearly affects substantive rights and can apply only prospectively.

[231] My colleagues Justices Moldaver and Brown find that the abolition of peremptory challenges does not affect any of Mr. Chouhan's rights. Yet they find it necessary to create new jury selection and trial protections (none of which were provided to Mr. Chouhan). I disagree with this approach. If the

vaste gamme d'organisations — y compris bon nombre de communautés racisées — nous ont priés de comprendre et de reconnaître les incidences néfastes que l'abolition des récusations péremptoires aurait sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées. Leur position est appuyée par la preuve dont disposait le juge du procès.

[229] Les récusations péremptoires ne sont pas parfaites. Je reconnais qu'elles peuvent être utilisées de manière discriminatoire. Toutefois, en tentant de lutter contre les difficultés soulevées par les récusations péremptoires, le Parlement disposait de nombreuses options. Il ne lui était pas nécessaire de conserver les récusations péremptoires telles qu'elles existaient, mais il devait prendre en considération les intérêts des personnes accusées. La façon adéquate de procéder pour le Parlement n'était pas d'abolir les récusations péremptoires, mais de les encadrer. Son défaut de le faire ne constitue pas une atteinte minimale. Par conséquent, l'art. 269 de la *Loi modificatrice* contrevient à l'al. 11f) de la *Charte*, car il ne constitue pas une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 120-121). Dans la mesure où il abolit les récusations péremptoires, je suis d'avis de déclarer invalide l'art. 269 de la *Loi modificatrice*.

[230] Comme je conclus que l'abolition des récusations péremptoires contrevient à l'al. 11f), il n'est pas nécessaire que je tranche la question de savoir si elle contrevient aussi à l'al. 11d). Toutefois, il est évident que l'abolition des récusations péremptoires porte au moins atteinte à l'al. 11d). Si je n'avais pas conclu à l'existence d'une violation constitutionnelle, j'aurais conclu, comme ma collègue la juge Abella, que l'abolition des récusations péremptoires porte de toute évidence atteinte à des droits substantiels et ne peut s'appliquer que prospectivement.

[231] Mes collègues les juges Moldaver et Brown estiment que l'abolition des récusations péremptoires ne porte atteinte à aucun des droits garantis à M. Chouhan. Pourtant, ils estiment nécessaire de créer de nouvelles procédures de sélection des jurés et protections de l'équité du procès (dont aucune n'a

regime enacted by Parliament cannot render trials constitutionally compliant, then it must be struck down. If the *Amending Act* does not even affect a *Charter* right, then this Court has no reason to decree its preferred replacement for peremptory challenges into law.

II. History of Peremptory Challenges

[232] A peremptory challenge is a discretionary power that may be exercised to prevent a potential juror from entering the jury. The common law right of an accused to peremptorily challenge potential jurors is over seven hundred years old (J. Heinz, “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada” (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 201, at pp. 207-8). By 1488, the common law provided the accused with the right to challenge thirty-five potential jurors (J. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1558 (2003), at p. 517). Historically, peremptory challenges were one of the few protections that a person charged with a crime enjoyed. Before an accused could be represented by a lawyer, call witnesses on their own behalf, or have hearsay evidence excluded, they had the ability to participate in selecting the jury. In the words of Sir John Baker, “[t]he blessing of trial by jury was favourable to the accused in some respects. He was able to challenge up to thirty-five jurors without giving any reason, and more with cause. The twelve who were selected had to be unanimous before they could convict him. If they acquitted him, however perversely, the verdict was final and unimpeachable” (*An Introduction to English Legal History* (5th ed. 2019), at p. 550).

[233] The importance of peremptory challenges rested on their ability to aid both in securing an impartial jury and in comforting the accused in the fairness of the jury and thus the final verdict. Sir Edward Coke recognized the importance of

été offerte à M. Chouhan). Je suis en désaccord avec cette approche. Si le régime édicté par le Parlement n’est pas en mesure d’assurer la compatibilité des procès avec la Constitution, il doit alors être invalidé. Si la *Loi modificatrice* ne porte même pas atteinte à un droit garanti par la *Charte*, alors la Cour n’a aucune raison de décréter le régime qu’elle préfère et qui devrait remplacer celui des récusations péremptoires.

II. Historique des récusations péremptoires

[232] Une récusation péremptoire est un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé pour empêcher un candidat juré de faire partie du jury. Le droit de l’accusé, issu de la common law, de récuser péremptoirement des candidats jurés date de plus de 700 ans (J. Heinz, « Peremptory Challenges in Criminal Cases : A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada » (1993), 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 201, p. 207-208). Dès 1488, la common law donnait à l’accusé le droit de récuser 35 candidats jurés (J. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. VI, 1483-1558 (2003), p. 517). Historiquement, les récusations péremptoires étaient l’une des rares protections dont jouissait une personne inculpée d’une infraction criminelle. Avant qu’un accusé puisse être représenté par un avocat, qu’il puisse faire comparaître des témoins pour son compte ou qu’il puisse faire exclure la preuve par oui-dire, il avait la possibilité de participer à la sélection des jurés. Comme le soulignait Sir John Baker, [TRADUCTION] « [l]a bénédiction du procès avec jury favorisait l’accusé à certains égards. Il était en mesure de récuser jusqu’à 35 jurés, sans fournir quelque motif que ce soit, et de récuser davantage de jurés en fournissant des motifs. Les 12 qui étaient choisis devaient être unanimes avant de pouvoir le déclarer coupable. Si les jurés acquittaient l’accusé — aussi abusive que la décision puisse être — le verdict était définitif et inattaquable » (*An Introduction to English Legal History* (5^e éd. 2019), p. 550).

[233] L’importance des récusations péremptoires résidait dans leur aptitude à aider tant à garantir l’impartialité du jury qu’à rassurer l’accusé quant à l’équité du jury et donc du verdict définitif. Sir Edward Coke a reconnu, il y a 400 ans, l’importance

peremptory challenges in securing an impartial jury four hundred years ago when he wrote that “the end of [a peremptory] challenge is to have an indifferent [trial], and which is required by law; and to bar the party indicted of his lawful challenge, is to bar him of a princip[al] matter concerning his [trial]” (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797), at p. 27). In *Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20, Lord Chief Justice Campbell similarly observed that without peremptory challenges,

it is quite obvious that justice could not be satisfactorily administered; for it must often happen that a juror is returned on the panel who does not stand indifferent, and who is not fit to serve upon the trial, although no legal evidence could be adduced to prove his unfitness. [p. 27]

[234] The Parliament of England agreed. After the outcry following political persecutions in the seventeenth century, it recognized that peremptory challenges were one of the accused’s most important tools in securing an impartial jury. In order to enhance the accused’s ability to use peremptory challenges, it enacted a requirement to provide those charged with treason with a jury list in advance (*Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprision of Treason* (Eng.), 1696, 7 & 8 Gul. 3, c. 3, s. 7; F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), at p. 319; J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2005), at p. 95-96).

[235] The process of participating in jury selection also gives the accused a sense of ownership in the trial, which increases their confidence in the fairness of the trial. This increased confidence in the fairness of the trial is especially important in jury trials because juries do not provide reasons for their decisions. Sir William Blackstone wrote of the important effect that peremptory challenges have on the attitude of the accused:

des récusations péremptoires dans le but de s’assurer de l’impartialité du jury, lorsqu’il a écrit que [TRA-DUCTION] « le but d’une récusation [péremptoire] est de tenir un procès impartial, ce qui est requis par la loi; et le fait de nier à l’accusé son droit à une récusation prévue par la loi, c’est l’exclure d’une question essentielle relative à son procès » (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797), p. 27). Dans *Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20, le lord juge en chef Campbell faisait observer de manière similaire que sans les récusations péremptoires,

[TRADUCTION] il est évident que la justice ne pouvait être rendue de manière satisfaisante; car il doit souvent arriver qu’un juré qui est renvoyé au tableau ne soit pas impartial et ne soit pas apte à servir lors du procès, même si aucune preuve admissible ne peut être produite pour établir son inaptitude. [p. 27]

[234] Le Parlement de l’Angleterre a exprimé son accord. Après le tollé qu’ont suscité les persécutions politiques du XVII^e siècle, il a reconnu que les récusations péremptoires étaient l’un des outils les plus importants dont bénéficiait l’accusé pour s’assurer de l’impartialité du jury. Afin d’accroître l’aptitude de l’accusé à utiliser les récusations péremptoires, le Parlement a édicté l’obligation de fournir aux personnes inculpées de trahison une liste de jurés à l’avance (*Act for regulateing of Tryals in Cases of Treason and Misprision of Treason* (Angl.), 1696, 7 & 8 Gul. 3, c. 3, art. 7; F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), p. 319; J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2005), p. 95-96).

[235] Le processus de participation à la sélection des jurés procure aussi à l’accusé un sentiment d’appartenance à l’égard du procès, ce qui accroît sa confiance en l’équité du procès. Cette confiance accrue en l’équité du procès est particulièrement importante dans les procès avec jury, parce que les jurés ne donnent pas de motifs justifiant leurs décisions. Sir William Blackstone a écrit ce qui suit sur l’importante incidence que les récusations péremptoires ont sur le comportement de l’accusé :

But in criminal cases, or at least in capital ones, there is, in *favorem vitae* [from a regard to life], allowed to the prisoner an arbitrary and capricious species of challenge to a certain number of jurors, without [showing] any cause at all; which is called a *peremptory* challenge; a provision full of that tenderness and humanity to prisoners, for which our English laws are justly famous. This is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible, what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another; and how necessary it is, that a prisoner (when put to defend his life) should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him; the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause [shown], if the reason assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment; to prevent all ill consequences from which, the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(*Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), Book IV, at pp. 352-53)

[236] I would disagree only with the characterization of peremptory challenges as arbitrary. They are discretionary, but that does not mean they are arbitrary. That they may be exercised without an express reason does not mean that a reason does not exist. After all, the jury itself does not give reasons for its decision.

[237] Peremptory challenges came to Canada with the common law. For instance, the 1792 and 1794 juries acts of Upper Canada expressly received the “[l]aw and [c]ustom of England”, including peremptory challenges (R. B. Brown, “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century” (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, at p. 480). Until 1850, the common law regulated the number of peremptory challenges available in Upper Canada. In 1869, Canada adopted the number of peremptory challenges given to defendants in pre-Confederation Upper Canada: twenty for those charged with treason or capital offences, twelve for those charged with other felonies, and

[TRADUCTION] Mais, dans les affaires criminelles, ou du moins les crimes punissables de mort, on doit, *in favorem vitae* [dans l’intérêt de la vie], permettre au prisonnier un certain nombre de récusations arbitraires et capricieuses, sans établir aucune raison; c’est ce que l’on appelle une récusation *péremptoire*; une disposition pleine de cette tendresse et de cette humanité pour les prisonniers qui, à juste titre, rendent nos lois anglaises célèbres. On invoque, à cet effet, deux raisons principales. 1. Puisque chacun doit être conscient des impressions soudaines et des préjugés inexplicables que l’on peut ressentir à la vue de quelqu’un et de la nécessité, pour un prisonnier (lorsque sa vie est en jeu), d’avoir une bonne opinion de son jury à défaut de quoi il pourrait être tout à fait déconcerté, la loi ne veut pas qu’il soit jugé par une personne contre laquelle il entretient un préjugé, même s’il est incapable d’expliquer cette aversion. 2. Parce qu’il se peut, lorsque les raisons invoquées pour une récusation pour cause ne justifient pas la mise à l’écart du juré, que le seul fait de mettre en doute son impartialité crée un ressentiment, alors le prisonnier a encore la possibilité, s’il le veut, de récuser péremptoirement le juré pour empêcher toute conséquence nuisible. [En italique dans l’original; note en bas de page omise.]

(*Commentaries on the Laws of England* (16^e éd. 1825), t. IV, p. 352-353)

[236] Je suis en désaccord uniquement en ce qui concerne la qualification des récusations péremptoires d’arbitraires. Elles sont discrétionnaires, mais cela ne signifie pas qu’elles sont arbitraires. Qu’elles puissent être exercées sans un motif exprès ne signifie pas qu’un motif n’existe pas. Après tout, le jury lui-même ne donne pas de motifs justifiant sa décision.

[237] Les récusations péremptoires sont apparues au Canada avec la common law. En l’occurrence, les lois de 1792 et de 1794 du Haut-Canada sur les jurys ont expressément intégré les [TRADUCTION] « lois et coutumes d’Angleterre », y compris les récusations péremptoires (R. B. Brown, « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000), 38 *Osgoode Hall L.J.* 453, p. 480). Jusqu’en 1850, la common law encadrait le nombre de récusations péremptoires disponibles dans le Haut-Canada. En 1869, le Canada a adopté le même nombre de récusations péremptoires offertes aux défendeurs dans le Haut-Canada au cours de la période pré-confédérative : 20 pour

four for those charged with misdemeanors (Brown, at pp. 490-91). In 1892, Canada's first *Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668, similarly provided for twenty peremptory challenges for those charged with treason or capital offences, twelve for those charged with offences punishable by imprisonment for more than five years, and four for those charged with offences punishable by less than five years of imprisonment.

[238] Like their English counterparts, Canadian courts have recognized the value of peremptory challenges. In *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407, Chief Justice Ritchie noted the importance of peremptory challenges in securing a fair trial: "The object of the law certainly is to secure the prisoners a fair trial. How can this be accomplished if he is deprived of the privilege the law gives him in the selection of the jury by whom he is to be tried?" (p. 425). Similarly, in *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated that "in the administration of criminal justice nothing is more important than that the constitution of the jury should be free from all objection and that the accused should have the full advantage of every safeguard which the law has provided to enable him to secure this right, which is of the very essence of a fair trial" (p. 692).

[239] In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, this Court found that the accused's right to peremptorily challenge jurors in Quebec dated back to the *Quebec Act, 1774* (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 2), and that the trial judge's denial of an accused's peremptory challenge rendered the verdict voidable. Justice Pratte, for the majority, said that the consequences that flow from a legal error by the trial judge must depend on the nature of the rule violated and the importance of the right that the rule is designed to safeguard (p. 715). In recognition of the importance of the rights safeguarded by the accused's right to peremptorily challenge, he found that it could be

ceux inculpés de trahison ou d'infractions passibles de la peine capitale, 12 pour ceux inculpés d'autres crimes graves et 4 pour ceux inculpés d'infractions mineures (Brown, p. 490-491). En 1892, au Canada, le premier *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 668, conférait de manière semblable 20 récusations péremptoires pour ceux inculpés de trahison ou d'infractions passibles de la peine capitale, 12 pour ceux inculpés d'infractions punissables de plus de 5 ans d'emprisonnement et 4 pour ceux inculpés d'infractions punissables de moins de 5 ans d'emprisonnement.

[238] À l'instar de leurs équivalents anglais, les tribunaux canadiens ont reconnu l'importance des récusations péremptoires. Dans l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie a souligné l'importance des récusations péremptoires afin de s'assurer qu'un procès est équitable : [TRADUCTION] « La loi vise, bien sûr, à assurer aux prisonniers un procès équitable. Comment peut-elle atteindre ce but s'ils sont empêchés, en choisissant le jury qui les jugera, d'exercer le privilège que la loi leur accorde? » (p. 425). De manière semblable, dans l'arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour a affirmé que [TRADUCTION] « dans l'administration de la justice criminelle, rien n'est plus important que de constituer un jury à l'égard duquel aucune objection ne peut être soulevée et d'assurer à l'accusé qu'il bénéficie pleinement de toutes les protections que la loi met à sa disposition pour lui garantir ce droit, lequel constitue l'essence même d'un procès équitable » (p. 692).

[239] Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, la Cour a conclu qu'au Québec, le droit de l'accusé de récuser péremptoirement les jurés remontait à l'*Acte de Québec de 1774* (G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2) et que le rejet par le juge du procès d'une demande de récusation péremptoire par l'accusé rendait le verdict nul. Au nom des juges majoritaires, le juge Pratte a affirmé que les conséquences qui découlent d'une erreur de droit commise par le juge du procès sont tributaires de la nature de la règle violée et de l'importance du droit que celle-ci vise à protéger (p. 715). Reconnaisant l'importance des droits protégés par le droit de l'accusé de récuser

negated only by a clear legislative provision and that the accused, when erroneously denied a peremptory challenge, was automatically entitled to ask for a new trial without having to prove prejudice, because there was “*préjudice de droit*” (pp. 721 and 724).

[240] In *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, L’Heureux-Dubé J. found that

peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused’s perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal. [pp. 532-33]

[241] In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, Gonthier J. (dissenting, albeit not on this point) adopted Blackstone’s justifications for peremptory challenges and added that they also teach the litigant and the community “that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant” (p. 116, citing B. Babcock, “Voir Dire: Preserving ‘Its Wonderful Power’” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, at p. 552).

[242] Most recently, my colleague Justice Karakatsanis recognized the value of peremptory challenges in *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, when she referred to them as a safeguard to ensure the impartiality of the jury (para. 55).

[243] From the preceding analysis, it is clear that judges have long acknowledged that peremptory challenges enhance both impartiality in fact and an accused’s perception of trial fairness. It is also clear that the defence’s right to peremptory challenges was both a common law and a statutory right prior

péremptoirement des jurés, il a conclu que seule une disposition législative claire pouvait nier le droit à la récusation péremptoire, et que l’accusé à qui on avait erronément refusé une récusation péremptoire était automatiquement bien fondé à demander un nouveau procès, sans qu’il ait à prouver un préjudice, parce qu’il y avait eu « *préjudice de droit* » (p. 721 et 724).

[240] Dans l’arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, la juge L’Heureux-Dubé a conclu que

les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l’accusé ne dispose pas de renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d’un jury, ce qui dépend à la fois de l’accusé et de la nature de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l’accusé qu’il a bénéficié d’un tribunal constitué équitablement [p. 532-533].

[241] Dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, le juge Gonthier (dissident, mais non sur ce point) a fait siennes les explications de Blackstone concernant les récusations péremptoires et a ajouté qu’elles enseignent aussi au plaideur et à la collectivité [TRADUCTION] « que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu’il y a lieu de suivre sa décision parce qu’en réalité, le jury appartient au plaideur » (p. 115-116, citant B. Babcock, « Voir Dire : Preserving “Its Wonderful Power” » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, p. 552).

[242] Plus récemment, ma collègue, la juge Karakatsanis, a reconnu la valeur des récusations péremptoires dans l’arrêt *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, lorsqu’elle y a fait référence comme étant une garantie visant à assurer l’impartialité du jury (par. 55).

[243] Il ressort de l’analyse qui précède que les juges ont de toute évidence reconnu depuis longtemps que les récusations péremptoires renforcent à la fois l’impartialité dans les faits et le sentiment de l’accusé que le procès est équitable. Il est tout aussi évident que le droit de la défense de récuser

to September 19, 2019, the date on which s. 269 of the *Amending Act* took effect.

[244] Section 269 of the *Amending Act* provides that ss. 633 and 634 of the *Code* are replaced by the new s. 633, thereby removing peremptory challenges from the *Code* by implication. The only mention of peremptory challenges in the *Amending Act* is in the summary, which states: “This enactment amends the *Criminal Code* to, among other things, . . . (c) abolish peremptory challenges of jurors” All parties and interveners proceeded before this Court on the basis that this language abolished all peremptory challenges. I too will proceed on that basis, but I note parenthetically that if the common law right lay dormant under the statutory right (for instance, in a manner similar to prerogative powers in abeyance (see *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), then its continued existence would depend on the interpretation of the *Amending Act*. As Lord Chief Justice Tindal emphasized:

. . . if the question, whether his right to the peremptory challenge has or has not been taken away, remains open to any doubt, it appears to me, that in accordance with the general principle of decision applied to criminal cases, *tutius erratur in mitiori sensu*, the decision of such question is to be given in favour of the prisoner, who is not to be deprived, by implication of a right of so much importance to him, given by the common law, and enjoyed for many centuries, unless such implication is absolutely necessary for the interpretation of the statute.

(*Gray v. Reg.* (1844), 11 Cl. & F. 427, 8 E.R. 1164 (H.L.), at p. 1183)

III. Section 11(f) of the Charter

[245] Section 11(f) of the *Charter* provides:

11. Any person charged with an offence has the right

...

péremptoirement était un droit issu à la fois de la common law et de la loi avant le 19 septembre 2019, date à laquelle l’art. 269 de la *Loi modificatrice* est entré en vigueur.

[244] L’article 269 de la *Loi modificatrice* dispose que les art. 633 et 634 du *Code* sont remplacés par le nouvel art. 633, abolissant ainsi implicitement les récusations péremptoires du *Code*. L’unique mention des récusations péremptoires dans la *Loi modificatrice* est faite dans le sommaire, dont le libellé est le suivant : « Le texte modifie le *Code criminel* en vue notamment : [. . .] c) d’abolir la récusation péremptoire de jurés . . . ». Les observations de toutes les parties et de tous les intervenants ayant comparu à la Cour étaient fondées sur la prémisse voulant que ce libellé ait aboli toutes les récusations péremptoires. Je procéderai, moi aussi, sur ce fondement, mais je note entre parenthèses que si le droit issu de la common law demeure latent en arrière-plan du droit statuaire (par exemple, d’une manière semblable à la suspension de la prérogative (voir *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), alors le maintien de son existence dépendra de l’interprétation de la *Loi modificatrice*. Comme le lord juge en chef Tindal l’a souligné :

[TRADUCTION] . . . si la question de savoir si son droit à la récusation péremptoire a été abrogé ou non demeure en proie à quelque doute que ce soit, il me semble que, conformément au principe général de l’application des décisions aux causes en droit criminel, *tutius erratur in mitiori sensu*, la décision relative à une telle question doit être rendue en faveur du détenu qui ne doit pas être privé implicitement d’un droit si important pour lui, que la common law lui confère et dont il a joui pendant de nombreux siècles, à moins qu’une telle conséquence ne soit absolument nécessaire à l’interprétation de la loi.

(*Gray c. Reg.* (1844), 11 Cl. & F. 427, 8 E.R. 1164 (H.L.), p. 1183)

III. Alinéa 11f) de la Charte

[245] L’alinéa 11f) de la *Charte* dispose que :

11. Tout inculpé a le droit

...

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

11. Tout inculpé a le droit

...

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

[246] This Court has never defined the meaning of “trial by jury”. In order for s. 11(f) to be meaningful, there “must be some set of core irreducible attributes that a tribunal must possess for it to be considered a ‘jury’” (*R. v. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1, at para. 43). In my view, a jury must possess all of the characteristics necessary to provide the accused with the benefit that the framers of the *Charter* sought to protect. This understanding of s. 11(f) is consistent with its wording and context, as well as with the history of juries and the jurisprudence of this Court.

[247] This Court has repeatedly found that the core purpose of s. 11(f), like the other paragraphs of s. 11, is to protect the accused (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1310-11; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, at p. 1400; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 28). In light of this purpose, and reading the French and English texts together, Wilson J. held that s. 11(f) “should be read as giving the accused the right to benefit from a trial by jury” (*Turpin*, at p. 1314 (emphasis in original)). She found that the intent of the framers was “to guarantee an accused the benefit of a jury trial where a jury trial is in fact from his or her perspective a benefit” (*Turpin*, at p. 1313). Similarly, in *Stillman*, my colleagues Moldaver and Brown JJ. found that s. 11(f) was meant to protect the accused “by giving him or her the benefit of trial by his or her peers” (para. 28).

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

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

[246] La Cour n’a jamais défini le sens de l’expression « procès avec jury ». Pour que l’al. 11f) ait un véritable sens, [TRADUCTION] « un tribunal doit posséder un ensemble d’attributs irréductibles pour qu’il soit considéré comme un “jury” » (*R. c. Craig*, 2019 ONSC 6732, 449 C.R.R. (2d) 1, par. 43). À mon avis, un jury doit posséder toutes les caractéristiques nécessaires permettant d’offrir à l’accusé le bénéfice que les rédacteurs de la *Charte* désiraient protéger. Cette interprétation de l’al. 11f) est compatible avec son libellé et son contexte, ainsi qu’avec l’historique des jurys et la jurisprudence de la Cour.

[247] La Cour a conclu à maintes reprises que l’objet principal de l’al. 11f), à l’instar des autres alinéas de l’art. 11, est la protection de l’accusé (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1310-1311; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, p. 1400; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 28). Compte tenu de cet objet, et après avoir lu conjointement les versions française et anglaise du texte, la juge Wilson a conclu que l’al. 11f) doit être interprété « comme permettant à l’accusé de bénéficier d’un procès avec jury » (*Turpin*, p. 1314 (souligné dans l’original)). Elle a conclu que l’intention des rédacteurs était de « garantir à l’accusé [le] bénéfice d’un procès avec jury s’il estime qu’un jury constitue réellement un avantage » (*Turpin*, p. 1313). De manière semblable, dans l’arrêt *Stillman*, mes collègues les juges Moldaver et Brown ont conclu que l’al. 11f) visait à protéger l’accusé « en lui permettant d’être jugé par ses pairs » (par. 28).

[248] It is thus clear that the purpose of s. 11(f) is to guarantee an underlying benefit that comes from jury trials. The first step in deciding this appeal is to determine the nature of this benefit that jury trials provide and that the framers of the *Charter* sought to protect by enshrining s. 11(f). The second step is to determine what characteristics a jury trial must have to secure this benefit. The ultimate question is whether the abolition of peremptory challenges deprives Mr. Chouhan of the benefit of trial by jury.

A. *Nature of the Benefit of Trial by Jury*

[249] The jurisprudence of this Court has recognized four core advantages of jury trials in comparison to judge-alone trials. Together, these four advantages are the four elements of the benefit of trial by jury.

[250] The first element of the benefit of trial by jury that has been recognized is that the jury is an excellent fact finder (*Sherratt*, at p. 523). In the words of Lord du Parcq, “when questions of fact have to be decided, . . . there is no tribunal to equal a jury” (*Aspects of the Law* (1948), at p. 10). The jury’s superior fact-finding ability comes from both the cumulative abilities of its members and the diversity of their experiences. The evaluation of evidence often requires making judgments about human behaviour. Triers of fact must rely on their common sense and personal experiences to determine whether witnesses are sincere, accurate and credible. Each juror brings their own personal experience to this assessment, and thus the cumulative experience of the jury is greater than that of any one individual, or of any group of individuals who have largely shared similar life experiences. The group size also means that a jury benefits from the collective recall of all jurors. Whereas one decision maker may forget a particular aspect of the evidence, it is less likely that the jury will miss something because the twelve jurors deliberate as a group. Finally, the deliberative nature of the jury also contributes to better fact finding because each detail is discussed and scrutinized by the group (Law

[248] Il est donc évident que l’objet de l’al. 11f) est de garantir un bénéfice sous-jacent qui découle des procès avec jury. La première étape pour trancher le présent pourvoi est de déterminer la nature du bénéfice que les procès avec jury offrent et que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger en consacrant l’al. 11f). La seconde étape consiste à déterminer quelles caractéristiques un procès avec jury doit posséder pour garantir ce bénéfice. La question fondamentale est de savoir si l’abolition des récusations péremptoires prive M. Chouhan du bénéfice d’un procès avec jury.

A. *Nature du bénéfice d’un procès avec jury*

[249] La jurisprudence de la Cour a reconnu quatre avantages principaux aux procès avec jury comparativement aux procès avec un juge siégeant seul. Ensemble, ces quatre avantages sont les quatre éléments du bénéfice d’un procès avec jury.

[250] Le premier élément du bénéfice d’un procès avec jury qui a été reconnu est que le jury s’avère un excellent juge des faits (*Sherratt*, p. 523). Pour reprendre les termes de lord du Parcq, [TRADUCTION] « lorsqu’il faut trancher des questions de fait, [. . .] aucun tribunal ne vaut un jury » (*Aspects of the Law* (1948), p. 10). La supériorité du jury à titre de juge des faits découle à la fois des aptitudes cumulatives de ses membres et de la diversité de leurs expériences. L’appréciation de la preuve oblige souvent à porter un jugement sur le comportement humain. Les juges des faits doivent se fonder sur leur bon sens et sur leurs expériences personnelles pour déterminer si les témoins sont sincères, précis et crédibles. Chaque juré contribue à cette tâche en y apportant son expérience personnelle et l’expérience cumulative des jurés est ainsi supérieure à l’expérience de tout individu ou de tout groupe d’individus qui ont largement vécu des expériences semblables. La taille du groupe signifie aussi qu’un jury bénéficie de la mémoire collective de tous les jurés. Alors qu’un décideur seul peut oublier un aspect particulier de la preuve, il est moins probable que le jury oublie quoi que ce soit, parce que les 12 jurés délibèrent en groupe. Enfin, le processus de délibération des

Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 6-7).

jurés contribue aussi à une meilleure appréciation des faits, car chaque détail est approfondi et soumis à l'examen minutieux du groupe (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-6).

[251] The second element of the benefit of trial by jury is that a jury represents the conscience of the community (*Turpin*, at pp. 1309-10; *Sherratt*, at p. 523; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at para. 55; *Stillman*, at para. 28). The Law Reform Commission of Canada explained that given the generality of the law, cases will arise in which a rigid application of the law will lead to an inequitable result. The jury, composed of a representative cross-section of society, is best placed to determine whether applying the law to a particular set of facts would be inequitable or would accord with society's values. Indeed, many jurists argue that "in serious cases it is the jury who must retain the ultimate responsibility for dispensing equity" (Law Reform Commission, at p. 9).

[251] Le second élément du bénéfice d'un procès avec jury est qu'il représente la conscience de la collectivité (*Turpin*, p. 1309-1310; *Sherratt*, p. 523; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, par. 55; *Stillman*, par. 28). Selon la Commission de réforme du droit du Canada, étant donné que la loi s'exprime en termes généraux, il est inévitable qu'une application rigide de la loi mène à un résultat injuste dans certains cas. Le jury, composé d'un échantillon représentatif de la société, est le mieux à même de déterminer si l'application de la loi à un ensemble particulier de faits serait injuste ou correspondrait aux valeurs de la société. En fait, de nombreux juristes soutiennent que « c'est le jury qui doit conserver la responsabilité ultime de dispenser la justice dans les affaires les plus graves » (Commission de réforme du droit, p. 9).

[252] Closely related to the jury's role as the conscience of the community is its role as "a bulwark of individual liberty" protecting against oppressive laws or oppressive enforcement of the law (*Turpin*, at p. 1309; see also *Sherratt*, at pp. 523-24). Since a jury makes the final determination of guilt or innocence, it may refuse to apply a law that does not conform to the morality of the community or that is being used in an oppressive fashion. Although this role has been controversial, it is "well established that under the system of justice we have inherited from England juries are not entitled as a matter of right to refuse to apply the law — but they do have the power to do so when their consciences permit of no other course" (*R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501, at para. 27 (emphasis deleted)).

[252] Est étroitement lié au rôle du jury comme conscience de la collectivité, son rôle à titre de « rempart des libertés individuelles » protégeant les individus contre les lois oppressives ou leur application oppressive (*Turpin*, p. 1309; voir aussi *Sherratt*, p. 523-524). Comme le jury rend le verdict définitif de culpabilité ou d'innocence, il peut refuser d'appliquer une loi qui est incompatible avec la moralité de la collectivité ou qui est utilisée de manière oppressive. Bien que ce rôle ait été controversé, il est « bien établi que, dans le système de justice que nous tenons de l'Angleterre, les jurés ne peuvent pas de plein droit refuser d'appliquer la loi — mais ils ont la faculté de le faire lorsque leur conscience ne leur en laisse pas le choix » (*R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501, par. 27 (italique omis)).

[253] The jury also serves the broader social interests of public education and legitimization of the justice system (*Turpin*, at pp. 1309-10; *Sherratt*, at p. 523; *Stillman*, at para. 28). By allowing members of the public to participate directly in judging, it teaches them about the criminal justice system, decreasing its mysteriousness and increasing its

[253] Le jury sert aussi des intérêts sociétaux plus larges tels que l'éducation du public et la légitimation du système de justice (*Turpin*, p. 1309-1310; *Sherratt*, p. 523; *Stillman*, par. 28). Permettre aux membres du public de participer directement à l'adjudication les familiarise avec le système de justice criminelle, diminuant ainsi le mystère qui l'entoure

acceptability. It also allows members of the public to see for themselves that decisions are fair, just, and in accordance with community values. This has the effect of increasing the legitimacy of the justice system.

[254] All four of these elements — superior fact finding, conscience of the community, bulwark of liberty, and educative and legitimizing effect — form the benefit of trial by jury. It is also important to remember that although some of these elements benefit both the accused and society, the purpose of s. 11(f) is to protect the interests of the accused, so the focus must be on the elements that serve this purpose (*Turpin*, at pp. 1310-11; *Lee*, at p. 1400; *Stillman*, at para. 28).

B. *Conditions Precedent to the Benefit of Trial by Jury*

[255] In order for an accused to receive the benefit of trial by jury, the jury must have certain characteristics. Again here, our jurisprudence has established some essential characteristics of a jury. For instance, in order to deliver equity and exercise its superior fact-finding ability, a jury must be the ultimate arbiter of guilt (*Krieger*, at paras. 17, 22 and 29). Our case law has also determined that the jury must be impartial, representative and competent (*Davey*, at para. 30; *Sherratt*, at p. 525; *Bain*, at p. 114).

[256] The ability of the accused to meaningfully participate in selecting their triers may be another one of these core, irreducible attributes of a jury trial. For the entire existence of jury trials in Canada, the accused has had the right to peremptorily challenge potential jurors. Until September 19, 2019, peremptory challenges were part and parcel of jury trials. As we will see, peremptory challenges have important effects on impartiality, representativeness and competence. However, they also play a unique role in a jury trial. Peremptory challenges recognize that accused persons are worthy of agency and dignity. They enable an accused person to meaningfully participate in selecting their triers, something that

et augmentant son acceptabilité. Il permet aussi aux membres du public de constater par eux-mêmes que les décisions sont équitables, justes et rendues en conformité avec les valeurs de la collectivité. Il en résulte une confiance accrue de la société envers la légitimité du système judiciaire.

[254] Tous ces quatre éléments — supériorité à titre de juge des faits, conscience de la collectivité, rempart de la liberté ainsi que l'éducation et la légitimation — constituent le bénéfice d'un procès avec jury. Il est aussi important de garder à l'esprit que, certes, certains de ces éléments bénéficient à la fois à l'accusé et à la société, mais l'objet de l'al. 11f) est de protéger les intérêts de l'accusé, de sorte que l'accent doit être mis sur les éléments qui servent cet objet (*Turpin*, p. 1310-1311; *Lee*, p. 1400; *Stillman*, par. 28).

B. *Conditions préalables au bénéfice d'un procès avec jury*

[255] Pour qu'un accusé bénéficie d'un procès avec jury, ce dernier doit posséder certaines caractéristiques. Encore une fois, notre jurisprudence a établi certaines caractéristiques essentielles qu'un jury doit posséder. Par exemple, pour que le jury fasse preuve d'équité et puisse démontrer sa supériorité à titre de juge des faits, lui seul doit statuer sur la culpabilité (*Krieger*, par. 17, 22 et 29). Il ressort aussi de notre jurisprudence que le jury doit être impartial, représentatif et compétent (*Davey*, par. 30; *Sherratt*, p. 525, *Bain*, p. 114).

[256] La capacité de l'accusé à participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront pourrait être une autre de ces caractéristiques irréductibles qui sont indispensables à un procès avec jury. Depuis que les procès avec jury existent au Canada, l'accusé a toujours eu le droit de récuser péremptoirement des candidats jurés. Jusqu'au 19 septembre 2019, les récusations péremptoires faisaient partie intégrante des procès avec jury. Comme nous le verrons, les récusations péremptoires ont des incidences importantes sur l'impartialité, la représentativité et la compétence. Toutefois, elles jouent aussi un rôle unique dans un procès avec jury. Les récusations péremptoires sont un moyen de

is absent in a trial by judge alone. This process of participating in jury selection gives the accused a sense of ownership in the trial. As Gonthier J. acknowledged in *Bain*, this furthers the benefit of trial by jury as it “teaches the litigant, and through him the community, that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant” (p. 116, citing *Babcock*, at p. 552).

reconnaître l'autonomie et la dignité des personnes accusées. Elles permettent à l'accusé de participer de manière véritable à la sélection des personnes qui le jugeront, un processus absent d'un procès mené par un juge siégeant seul. Ce processus de participation à la sélection des jurés donne à l'accusé un sentiment d'appartenance à l'égard du procès. Comme le juge Gonthier l'a énoncé dans l'arrêt *Bain*, le bénéfice d'un procès avec jury en est accru, car il [TRADUCTION] « apprend au plaideur, et par son entremise à la collectivité, que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu'il y a lieu de suivre sa décision parce qu'en réalité, le jury appartient au plaideur » (p. 116, citant *Babcock*, p. 552).

[257] As emphasized by my colleagues Moldaver and Brown JJ., peremptory challenges also confer a substantial benefit in the subjective minds of accused persons (paras. 18, 24 and 96). By removing jurors that cause them fear or discomfort, an accused will be more likely to feel that they are being tried by jurors whom they consider peers, which increases their confidence that the trial and the verdict are fair (A.R., vol. II, at pp. 192-94). In the words of Sharpe J.A.:

[257] Comme mes collègues les juges Moldaver et Brown l'ont souligné, les récusations péremptoires confèrent également un avantage substantiel dans l'esprit des accusés (par. 18, 24 et 96). Lorsqu'il exclut des jurés qui le mettent mal à l'aise ou dont il a peur, l'accusé aura fort probablement le sentiment qu'il est jugé par des jurés qu'il considère comme ses pairs, ce qui accroît sa confiance dans l'équité du procès et du verdict (d.a., vol. II, p. 192-194). Le juge Sharpe de la Cour d'appel s'est exprimé ainsi :

By offering each side a limited number of peremptory challenges, the law allows the parties to eliminate unprovable but perceived concerns about the propensities of jurors and thereby enhance confidence in the impartiality of the jury and the fairness of the trial.

[TRADUCTION] Lorsqu'elle offre à chaque camp un nombre limité de récusations péremptoires, la loi permet aux parties de dissiper les préoccupations ressenties, mais difficiles à prouver quant à la propension des jurés à la partialité et permet donc d'accroître la confiance dans l'impartialité du jury et l'équité du procès.

(*R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), at para. 60)

(*R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), par. 60)

[258] This increased confidence in the fairness of the trial is especially important to offset the absence of reasons in a jury trial. As this Court has emphasized, reasons justifying and explaining the result are important both for the dignity of the losing party and for the public to know that justice has been done (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 24).

[258] Cette confiance accrue dans l'équité du procès est particulièrement importante pour compenser l'absence de motifs dans un procès avec jury. Comme la Cour l'a souligné, des motifs justifiant et expliquant le résultat sont importants à la fois pour la dignité de la partie qui n'a pas obtenu gain de cause et pour que les membres du public sachent que justice a été rendue (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 24).

[259] Peremptory challenges are also critical to the empanelling of impartial, representative and competent juries.

(1) Impartiality

[260] For hundreds of years, courts have acknowledged that peremptory challenges facilitate the selection of an impartial jury. Accused persons can and do exercise their peremptory challenges to remove potential jurors who are biased against them. Although there are other mechanisms for preventing partial juries, those mechanisms were designed to work alongside peremptory challenges. For instance, courts have found peremptory challenges important because they allow an accused to remove a partial juror even where the evidence of partiality might not be admissible or the accused's reasons are difficult to articulate. The abolition of peremptory challenges thus leaves a hole in an accused's protection from a partial jury. To understand this, we must look at the other protections in the jury selection process.

[261] The starting point in Canada is that all potential jurors are presumed to be impartial (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 21). Randomness in selecting jurors has traditionally been thought to guard against partiality. But in recent years, "[t]he 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" (*Spence*, at para. 1). Where a party demonstrates a realistic potential for partiality, the judge must permit limited questions to jurors during a challenge for cause (*Sherratt*, at p. 536). In the case of racialized accused, "courts have acknowledged that racial prejudice against visible minorities is so notorious and indisputable that its existence will be admitted without any need of evidence" (*Spence*, at para. 5).

[259] Les récusations péremptoires sont aussi essentielles à la constitution de jurys impartiaux, représentatifs et compétents.

(1) Impartialité

[260] Pendant des siècles, les tribunaux ont reconnu que les récusations péremptoires facilitaient la sélection d'un jury impartial. Les personnes accusées peuvent exercer leur droit de récusation péremptoire, et elles le font, afin d'exclure des candidats jurés qui sont biaisés contre elles. Bien qu'il existe d'autres mécanismes permettant d'empêcher la formation de jurys partiiaux, ces mécanismes ont été conçus pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires. À titre d'exemple, les tribunaux ont statué que les récusations péremptoires sont importantes, parce qu'elles permettent à l'accusé d'exclure un juré partiel, même lorsque la preuve de partialité pourrait ne pas être admissible ou que les motifs de l'accusé sont difficiles à formuler. L'abolition des récusations péremptoires laisse donc un vide dans la protection de l'accusé à l'encontre d'un jury partiel. Pour comprendre cet état de fait, nous devons examiner les autres protections applicables dans le cadre de la sélection des jurés.

[261] Le point de départ au Canada est que tous les candidats jurés sont présumés être impartiaux (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 21). Le caractère aléatoire de la sélection des jurés a traditionnellement été envisagé comme un rempart contre la partialité. Cependant, au cours des dernières années, « [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 » (*Spence*, par. 1). Lorsqu'une partie démontre une possibilité réaliste de partialité, le juge doit permettre de poser des questions limitées aux jurés pendant l'audition d'une demande de récusation motivée (*Sherratt*, p. 536). Dans le cas d'un accusé racisé, « [l]es tribunaux ont reconnu que le préjugé racial contre les minorités visibles est si notoire et incontestable que son existence sera admise sans preuve à l'appui » (*Spence*, par. 5).

[262] However, the challenge for cause regime was established to work alongside peremptory challenges. Challenges for cause rely upon overt manifestations of bias, introduced either through specific evidence or by a potential juror's answer to a single "yes" or "no" question (*Kokopenace*, at para. 85). For example, a common challenge for cause question is as follows: "The accused is a member of a visible minority. Would your ability to judge the evidence in this trial without bias, prejudice or partiality, be affected by the fact that the person charged is a member of a visible minority?" The weakness in this approach is readily apparent to anyone familiar with racial prejudice. In *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, McLachlin J. explained that racial prejudice "rests on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals. Buried deep in the human psyche, these preconceptions cannot be easily and effectively identified and set aside, even if one wishes to do so" (para. 21 (emphasis added)). A person holding deeply buried, unconscious beliefs (racial or otherwise) will not likely be able to identify those beliefs in a challenge for cause. In the words of my colleague Moldaver J., the challenge for cause process "does [not] have a significant impact on the jury selection process" (*Kokopenace*, at para. 85).

[263] Further, since such beliefs are buried deep in the human psyche and cannot be easily identified, it is unlikely that a juror holding them will benefit from instructions by the trial judge. As McLachlin J. observed in *Williams*, these biases are resistant to judicial instructions:

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

[262] Toutefois, le régime des récusations motivées a été établi pour fonctionner de pair avec les récusations péremptoires. Les récusations motivées sont fondées sur des manifestations évidentes de préjugés qui se présentent, soit par une preuve précise, soit par la réponse du candidat juré à une seule question à laquelle il doit répondre par « oui » ou par « non » (*Kokopenace*, par. 85). En guise d'exemple, une question couramment posée dans le cadre d'une demande de récusation motivée est formulée comme suit : « L'accusé fait partie d'une minorité visible. Le fait que la personne accusée soit membre d'une minorité visible vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans biais, préjugé ou partialité? » La faiblesse d'une telle approche est très évidente pour quiconque est familier avec la réalité des préjugés raciaux. Dans l'arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, la juge McLachlin a fait observer que les préjugés raciaux « reposent sur des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu'ils s'en rendent compte. Profondément enracinées dans la psyché humaine, ces idées préconçues ne peuvent pas être facilement et effectivement décelées et laissées de côté, même par la personne qui veut le faire » (par. 21 (je souligne)). Une personne dont les croyances (raciales ou autres) sont profondément enracinées dans son subconscient ne sera probablement pas en mesure de reconnaître ces croyances dans le cadre d'une récusation motivée. Pour emprunter les termes de mon collègue le juge Moldaver, la demande de récusation motivée « n'a pas [...] d'incidence importante sur le processus de sélection des jurés » (*Kokopenace*, par. 85).

[263] En outre, comme de telles croyances sont profondément enracinées dans la psyché humaine et ne peuvent pas être facilement décelées, il est peu probable que le juré qui les entretient tirera profit des directives données par le juge du procès. Comme la juge McLachlin l'a affirmé dans l'arrêt *Williams*, ces biais sont réfractaires aux directives judiciaires :

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

of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. [para. 22]

[264] Peremptory challenges, on the other hand, enable an accused to strike at these hidden, subtle and unconscious biases that challenges for cause miss. As a potential juror comes before them, an accused person is able to assess their partiality by applying the common sense they have developed through their own life experiences to determine whether the potential juror exhibits signs of prejudice against them. For accused persons who are racialized or marginalized persons, their experiences and thus assessments may be quite different from the trial judge's. This is confirmed by the evidence in this case. Mr. Chouhan called two experienced defence counsel to testify about their experience using peremptory challenges. Both witnesses testified that racialized persons are attuned to racist cues that others who have not experienced the same types of prejudice miss (A.R., vol. II, at p. 197). The Crown did not challenge this evidence.

[265] Unfortunately, an accused cannot rely on a judge to excuse or stand aside a potential juror who exhibits signs of bias against them, because accused persons often struggle to clearly articulate why they perceive bias in a juror (A.R., vol. II, at pp. 172-73). This is to be expected. Explaining one's assessment of another individual's character is very difficult, even for judges. This Court has acknowledged that "[i]t is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses", such that "[w]here findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at" (*R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 20; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 100; see also *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 49).

destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d'impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. [par. 22]

[264] Par ailleurs, les récusations péremptoires permettent à l'accusé de s'attaquer à ces biais cachés, subtils et inconscients qui échappent aux récusations motivées. Lorsqu'un candidat juré se présente devant l'accusé, ce dernier est en mesure d'évaluer sa partialité en faisant usage du bon sens qu'il a acquis au long de son expérience personnelle afin de déterminer si le candidat juré démontre des signes de préjugés à son encontre. Pour les personnes accusées qui sont racisées ou marginalisées, leurs expériences personnelles et, par le fait même, leurs évaluations peuvent être très différentes de celle du juge du procès. La preuve le confirme en l'espèce. Monsieur Chouhan a appelé deux avocats expérimentés de la défense à témoigner sur leur expérience relative aux récusations péremptoires. Selon les témoignages de ces deux avocats, les personnes racisées sont capables de détecter des indices de racisme qui échappent à d'autres personnes qui n'ont pas vécu des préjugés du même genre (d.a., vol. II, p. 197). La Couronne n'a pas contesté cette preuve.

[265] Malheureusement, l'accusé ne peut compter sur un juge pour dispenser ou mettre à l'écart un candidat juré qui démontre des signes de biais contre lui, parce que les accusés ont souvent du mal à formuler clairement les motifs pour lesquels ils ont le sentiment que le candidat juré a un biais (d.a., vol. II, p. 172-173). Cela est prévisible. Expliquer son appréciation du caractère d'une autre personne est une tâche très difficile, même pour les juges. La Cour a reconnu qu'« [i]l est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins »; ainsi, « [i]l faut reconnaître qu'il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l'origine de sa décision » (*R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 20; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 100; voir aussi *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 49).

[266] Therefore, it is clear that peremptory challenges are essential to have an impartial jury. The remaining mechanisms to protect against bias, particularly in the form of racial prejudice, are inadequate. Simply put, in order to remove people holding these hidden prejudices, an accused person needs peremptory challenges. The abolition of peremptory challenges therefore undermines the impartiality of juries and negatively affects racialized and other marginalized persons.

(a) *Proposed Modifications to Enhance Impartiality*

[267] My colleagues Moldaver and Brown JJ. make three recommendations to improve the impartiality of juries: altering challenges for cause, adding anti-bias instructions for jurors, and using stand asides to deal with partial jurors. The fact that my colleagues feel the need to create these new protections demonstrates my very point: the abolition of peremptory challenges leaves a void in accused persons' protections against partial juries.

[268] I also dispute my colleagues' suggestion that biased jurors who survive the challenge for cause process can be dealt with by a judge under the stand-by power (para. 70). Under the former s. 633 of the *Code*, judges were empowered to order jurors to stand by for reasons of personal hardship or any other reasonable cause. The *Amending Act* added a third ground — maintaining public confidence in the administration of justice.

[269] I do not agree with my colleagues that the stand-by provision is an appropriate way to deal with jurors who give rise to a reasonable apprehension of bias. A stand-by does not prevent a juror from serving on the jury. The juror is simply returned to the array, standing by to serve if the remaining potential jurors are exhausted. If a juror or group of jurors gives rise to a reasonable apprehension of bias, why would they be returned to the array? This is an

[266] En conséquence, il est évident que les récusations péremptoires sont essentielles pour constituer un jury impartial. Les autres mécanismes visant à protéger contre les biais, en particulier ceux qui prennent la forme de préjugés raciaux, sont inadéquats. Autrement dit, pour exclure des personnes qui ont de tels préjugés cachés, l'accusé a besoin de récusations péremptoires. L'abolition des récusations péremptoires mine donc l'impartialité des jurys et a une incidence néfaste sur les personnes racisées et les autres personnes marginalisées.

a) *Modifications proposées afin d'accroître l'impartialité*

[267] Mes collègues les juges Moldaver et Brown formulent trois recommandations pour améliorer l'impartialité des jurys : modifier les récusations motivées, ajouter des directives mettant en garde les jurés contre les biais et recourir à la mise à l'écart dans le cas des jurés partiaux. Le fait que mes collègues ressentent le besoin de créer ces nouvelles protections démontre ce que j'avance : l'abolition des récusations péremptoires laisse un vide dans les protections des personnes accusées contre les jurys partiaux.

[268] Je suis en désaccord avec la thèse de mes collègues voulant que les jurés biaisés qui résistent au processus de récusation motivée peuvent être neutralisés par le juge au moyen de son pouvoir de mise à l'écart (par. 70). En vertu de l'ancien art. 633 du *Code*, les juges avaient le pouvoir d'ordonner que les jurés se tiennent à l'écart pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux. La *Loi modificatrice* a ajouté un troisième motif — le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice.

[269] Je suis aussi en désaccord avec mes collègues selon qui la disposition de mise à l'écart est un moyen adéquat de neutraliser les jurés à l'égard desquels il existe une crainte raisonnable de partialité. Une mise à l'écart n'empêche pas un juré de faire partie du jury. Le juré est simplement renvoyé au tableau des jurés et tenu à l'écart au cas où la liste des candidats jurés serait épuisée et qu'il serait appelé à servir comme juré. Si un juré ou un groupe de jurés

unacceptable risk and in direct contrast with how the *Code* deals with biased jurors. Section 632 deals with biased jurors, such as those who have a personal interest in the case or who are related to the parties or other participants in the trial. It empowers judges to excuse jurors, wholly removing the possibility that they will serve on the petit jury. Parliament's deliberate choice to amend s. 633 rather than s. 632 indicates that it did not intend s. 633 to deal with biased jurors.

(2) Representativeness

[270] In order for the jury to serve as the conscience of the community and promote public trust in the justice system, it must be representative (*Kokopenace*, at para. 56). This means that it should be a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (*Sherratt*, at p. 524).

[271] In *Kokopenace*, my colleague Moldaver J. discussed the minimum level of representativeness that is necessary to meet the requirements of ss. 11(d) and 11(f). He recognized that the benefit of trial by jury requires that representativeness play a broader role under s. 11(f) than under s. 11(d) (*Kokopenace*, at para. 55). But even under s. 11(f), the state satisfies its constitutional obligation of representativeness by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process (paras. 2 and 61). The constitutional minimum standard of representativeness thus focuses on the process used to compile the jury roll, not on the ultimate composition of the jury roll or the petit jury (paras. 2 and 59).

[272] Although the processes established in compliance with *Kokopenace* aim to deliver a representative jury, they are not results-focused and do not guarantee that a jury roll's composition will be in any way proportionate to that of the general

donne lieu à une crainte raisonnable de partialité, pourquoi est-il renvoyé au tableau des jurés? Il s'agit d'un risque inacceptable qui est en contradiction flagrante avec la manière dont le *Code* traite les jurés qui sont biaisés. L'article 632 vise les jurés biaisés, tels que ceux qui ont un intérêt personnel dans l'affaire à être jugée ou qui ont des liens avec les parties ou d'autres participants au procès. Il confère aux juges le pouvoir de dispenser les jurés, leur retirant totalement la possibilité de faire partie du petit jury. Le choix délibéré du Parlement de modifier l'art. 633 plutôt que l'art. 632 révèle que son intention n'était pas que l'art. 633 puisse être utilisé pour traiter des jurés biaisés.

(2) Représentativité

[270] Pour pouvoir agir à titre de conscience de la collectivité et promouvoir la confiance du public envers le système de justice, le jury doit être représentatif (*Kokopenace*, par. 56). Cela signifie qu'il devrait être un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[271] Dans l'arrêt *Kokopenace*, mon collègue le juge Moldaver a discuté du degré minimal de représentativité qui est nécessaire pour satisfaire aux exigences des al. 11d) et 11f). Il a reconnu que le bénéfice d'un procès avec jury exige que la représentativité joue un rôle plus important dans l'application de l'al. 11f) que dans celle de l'al. 11d) (*Kokopenace*, par. 55). Cependant, même dans l'application de l'al. 11f), l'État s'acquitte de son obligation constitutionnelle de représentativité en offrant une possibilité réelle à un échantillon représentatif de la société de participer au processus de sélection des jurés (par. 2 et 61). La norme constitutionnelle minimale de représentativité est donc axée sur le caractère adéquat du processus de constitution de la liste des jurés et non pas sur la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury (par. 2 et 59).

[272] Bien que la procédure établie en conformité avec l'arrêt *Kokopenace* vise à obtenir un jury représentatif, elle n'est pas axée sur les résultats et ne garantit pas que la liste de jurés aura une composition précise qui représente proportionnellement

population (para. 39). In practice, this leads to jury rolls that are under-representative of racialized and other marginalized persons. There are several reasons for this. First, some marginalized groups are under-represented on the lists from which provincial governments draw jury rolls. For instance, selecting names primarily from municipal assessment rolls excludes many Indigenous persons (Hon. F. Iacobucci, *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (“Iacobucci Report”), generally and at para. 150; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at pp. 377-87). Second, persons convicted of certain offences are prevented from serving on a jury under the various provincial statutes and the *Code* (s. 638(1)(c)). A disproportionate number of Black and Indigenous persons are in custody or possess criminal records (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 61; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83; *R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3, at para. 79; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at para. 26). Third, the jury statutes and the *Code* similarly prevent non-Canadian citizens from serving as jurors (s. 638(1)(d)). Permanent residents are disproportionately members of marginalized groups. Fourth, some marginalized persons may be prevented from serving because they do not speak the official language of the accused (*Code*, s. 638(1)(f)). Other marginalized persons may fail to respond to jury notices because they view the Canadian justice system with suspicion. Finally, in most provinces, the sheriff has the power to exempt individuals from jury service if it poses a hardship. This typically results in the exclusion of persons living in remote areas and low-income individuals (*Kokopenace*, at para. 44).

la population en général (par. 39). En pratique, cela mène à des listes de jurés dans lesquelles les personnes racisées et les autres personnes marginalisées sont sous-représentées. Plusieurs raisons expliquent cet état de fait. Premièrement, certains groupes marginalisés sont sous-représentés dans les listes à partir desquelles les gouvernements provinciaux composent les tableaux des jurés. À titre d'exemple, la sélection de noms qui se fait principalement à partir des rôles d'évaluation municipale exclut de nombreuses personnes autochtones (l'hon. F. Iacobucci, *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (« Rapport Iacobucci »), en général et au par. 150; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 377-387). Deuxièmement, les personnes déclarées coupables d'avoir commis certaines infractions ne peuvent pas faire partie d'un jury, et cela, en application de diverses lois provinciales et du *Code* (al. 638(1)c)). Un nombre disproportionné de Noirs et d'Autochtones sont en détention ou ont des casiers judiciaires (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 61; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83; *R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3, par. 79; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, par. 26). Troisièmement, les lois sur les jurys et le *Code* interdisent de manière semblable à quiconque n'est pas citoyen canadien de faire partie d'un jury (al. 638(1)d)). Un nombre disproportionné de résidents permanents sont membres de groupes marginalisés. Quatrièmement, certaines personnes marginalisées peuvent être empêchées de remplir les fonctions de jurés, parce qu'elles ne parlent pas la langue officielle de l'accusé (*Code*, al. 638(1)f)). D'autres personnes marginalisées peuvent s'abstenir de répondre aux avis de convocation du jury, parce qu'elles perçoivent le système canadien de justice comme suspect. Enfin, dans la plupart des provinces, le shérif a le pouvoir d'exempter certaines personnes d'agir comme jurés si cela leur impose une contrainte. Il en résulte en général l'exclusion des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu (*Kokopenace*, par. 44).

[273] While I accept that *Kokopenace* set the constitutional minimum required for representativeness, it did not exhaustively define representativeness. The core of representativeness remains a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” (para. 39, citing *Sherratt*, at p. 524). The in-court selection processes can enhance representativeness and thus further the benefit of trial by jury, especially where the randomized jury roll has failed to result in an array that truly represents the diversity of the area.

[274] In *Sherratt*, this Court confirmed the ability of peremptory challenges to further representativeness: “Peremptory challenges can also, in certain circumstances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused” (pp. 532-33). The uncontested evidence before the trial judge in the present case indicated that peremptory challenges were used by racialized persons to attempt to empanel more diverse juries (Bayliss Affidavit, at paras. 4 and 15-19; O’Connor Affidavit, at paras. 9-15; A.R., Supp., at pp. 15, 20-21, 35, 41-42 and 45-46). The abolition of peremptory challenges therefore removes a tool often used by racialized and other marginalized persons to improve the representativeness of juries, in support of at least two elements of the benefit of trial by jury: the jury’s role as the conscience of the community and public trust in the justice system.

(3) Competence

[275] Peremptory challenges are also critical to ensuring that a jury is competent. Without peremptory challenges, the only specific procedure in the *Code* related to juror competence is to challenge for cause on the ground that a juror does not speak the same official language as the accused. This is inadequate, as competence extends far beyond the ability of jurors to speak the same official language as the accused: “they should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the

[273] Bien que j’accepte que l’arrêt *Kokopenace* établit les normes constitutionnelles minimales requises pour atteindre la représentativité, il n’a pas défini la représentativité de manière exhaustive. L’essence de la représentativité demeure un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (par. 39, citant *Sherratt*, p. 524). La procédure de sélection pendant l’instance peut accroître la représentativité et ainsi favoriser le bénéfice d’un procès avec jury, en particulier lorsque la liste aléatoire des jurés n’a pas permis d’obtenir un tableau des jurés représentant véritablement la diversité de la région.

[274] Dans l’arrêt *Sherratt*, la Cour a confirmé que les récusations péremptoires pouvaient améliorer la représentativité : « Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d’un jury, ce qui dépend à la fois de l’accusé et de la nature de la collectivité » (p. 533). La preuve non contestée dont disposait le juge du procès dans la présente affaire indiquait que les récusations péremptoires étaient utilisées par des personnes racisées pour tenter de constituer des jurys plus diversifiés (affidavit Bayliss, par. 4 et 15-19; affidavit O’Connor, par. 9-15; d.a., suppl., p. 15, 20-21, 35, 41-42 et 45-46). L’abolition des récusations péremptoires retire donc un outil souvent utilisé par les personnes racisées et d’autres personnes marginalisées afin d’améliorer la représentativité des jurys, en appui à au moins deux éléments du bénéfice d’un procès avec jury : le rôle du jury en tant que conscience de la collectivité et la confiance du public envers le système de justice.

(3) Compétence

[275] Les récusations péremptoires sont aussi cruciales pour faire en sorte que le jury soit compétent. Hormis les récusations péremptoires, la seule procédure précise établie dans le *Code* visant la compétence du juré est la récusation motivée fondée sur le fait qu’un juré ne parle pas la même langue officielle que l’accusé. Cela n’est pas suffisant, car la compétence des jurés va bien au-delà de leur aptitude à parler la même langue officielle que l’accusé : ils « doivent [...] encore être en mesure de comprendre,

principles they have to apply, among other things” (*Bain*, at p. 114).

[276] On the surface, competence in relation to understanding the evidence means that a juror must have the willingness and capacity to understand it. Problems of capacity may arise in cases involving voluminous or complex evidence, such as financial, medical or scientific evidence. However, in the context of the benefit of trial by jury, there is another source of inability to understand evidence: life experience. A juror whose “experience of life has not embraced the area of the dispute” is likely to have a “blind spot of which he is quite unconscious” and which “may prevent him from getting the point of testimony or argument” (L. L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication” (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353, at p. 391).

[277] This second source of incompetence has detrimental effects on the benefit of trial by jury. The benefit of trial by jury is partly a product of the jury applying common sense, and common sense itself is the product of personal experience (Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials* (1983), ch. 2, section C). If a jury is composed entirely of members whose life experiences are fundamentally different from those of the accused, then the jury may not have the common sense necessary to be a superior fact finder. Recall that the jury’s superior fact-finding ability comes from the diversity of its collective experience. Since assessments of evidence and especially credibility are based almost entirely on our own experiences interacting with people, jurors who have never interacted with people like the accused or the accused’s witnesses will be poor judges of credibility. Similarly, if a jury is unable to empathize with the accused, then the possibility of jury equity is equally lost.

entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu’ils doivent appliquer » (*Bain*, p. 114).

[276] En apparence, la compétence nécessaire à la compréhension de la preuve signifie qu’un juré doit avoir la volonté et l’aptitude de la comprendre. Les problèmes d’aptitude peuvent survenir dans des affaires où la preuve est volumineuse ou complexe, à l’instar de la preuve financière, médicale ou scientifique. Toutefois, dans le contexte du bénéfice d’un procès avec jury, il y a une autre source d’inaptitude à comprendre la preuve : l’expérience personnelle. Un juré dont [TRADUCTION] « l’expérience personnelle n’inclut pas le domaine sur lequel porte le litige » aura probablement un « angle mort dont il n’est véritablement pas conscient » et qui « peut l’empêcher de comprendre l’élément essentiel d’un témoignage ou d’un argument » (L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978), 92 *Harv. L. Rev.* 353, p. 391).

[277] Cette deuxième source d’incompétence a des effets dévastateurs sur le bénéfice d’un procès avec jury. Ce bénéfice découle en partie d’un jury qui fait preuve de bon sens et le bon sens lui-même découle de l’expérience personnelle (Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Peremptory Challenges in Civil Jury Trials* (1983), ch. 2, section C). Si un jury est entièrement composé de personnes dont les expériences personnelles sont fondamentalement différentes de celles de l’accusé, alors le jury pourrait ne pas posséder le bon sens qui lui est nécessaire pour atteindre le niveau de supériorité à titre de juge des faits qui est attendu de lui. Souvenons-nous que l’aptitude du jury à être un juge des faits de qualité supérieure découle de la diversité des expériences collectives qu’il regroupe. Comme l’appréciation de la preuve, et en particulier l’appréciation de la crédibilité, sont fondées presque entièrement sur nos propres expériences d’interaction avec les autres, les jurés qui n’ont jamais eu d’interaction avec des personnes qui ressemblent à l’accusé ou à ses témoins seront de piètres juges de la crédibilité. Pareillement, si un jury n’est pas en mesure de faire preuve d’empathie à l’endroit de l’accusé, la possibilité que le jury soit équitable est alors également une illusion.

[278] This is not a novel idea. This Court has already recognized the importance of having jurors who share the experiences of the accused. In *Stillman*, a majority of this Court recognized the importance of a separate military justice system, not only for military-specific offences, but even where the underlying offence is an ordinary civil offence contained in the *Criminal Code*. Trial by a panel of five other military members — rather than a jury of twelve civilians — fosters morale by ensuring that the accused’s guilt “will be assessed by those whose familiarity with the challenges and circumstances of military life is the product of personal experience” (para. 70, citing J. Walker, “A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366, at p. 372).

[279] Just as the members of military panels bring military experience and the values of the military community to their decisions, jurors bring their own life experience and community values to their decisions. Only accused persons know what evidence they will call and what experiences may be necessary to fully appreciate that evidence. Peremptory challenges are the only tool available to accused persons to address these issues of competence.

C. Conclusion on Section 11(f)

[280] As the previous sections demonstrated, the abolition of peremptory challenges negatively affects the core jury characteristics of impartiality, representativeness and competence. The ultimate question is whether these effects are so significant as to deprive Mr. Chouhan of the benefit of trial by jury. I am of the view that they are.

[281] The evidence in Mr. Chouhan’s case was entirely circumstantial and dependent upon witness testimony, including the testimony of Mr. Chouhan himself. It is in the analysis of such evidence that the benefits of the jury’s superior fact-finding ability and

[278] Cette idée n’est pas nouvelle. La Cour a déjà reconnu qu’il importe que les jurés aient vécu des expériences communes à celles de l’accusé. Dans l’arrêt *Stillman*, les juges majoritaires de la Cour ont reconnu qu’il est important qu’un système distinct de justice militaire existe, non seulement pour statuer sur des infractions de nature militaire, mais même lorsque l’infraction sous-jacente est une infraction civile ordinaire prévue au *Code criminel*. Le procès entendu par une formation de cinq autres militaires — plutôt qu’un jury de douze personnes civiles — favorise le moral des troupes en s’assurant que la culpabilité de l’accusé [TRADUCTION] « sera évaluée par ceux qui connaissent bien les difficultés et les circonstances liées à la vie militaire en raison de leur expérience personnelle » (par. 70, citant J. Walker, « A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366, p. 372).

[279] Tout comme les membres des tribunaux militaires apportent l’expérience et les valeurs de la communauté militaire à leurs décisions, les jurés apportent leurs expériences personnelles et les valeurs de la collectivité à leurs décisions. Seules les personnes accusées savent quelle preuve elles présenteront et quelles expériences peuvent être nécessaires pour véritablement apprécier cette preuve. Les récusations péremptoires sont le seul outil dont disposent les personnes accusées pour répondre à ces préoccupations liées à la compétence.

C. Conclusion sur l’alinéa 11f)

[280] Comme cela ressort des sections précédentes, l’abolition des récusations péremptoires a des incidences néfastes sur les caractéristiques essentielles du jury que sont l’impartialité, la représentativité et la compétence. La question fondamentale est de savoir si ces incidences sont importantes au point de priver M. Chouhan du bénéfice d’un procès avec jury. Je suis d’avis qu’elles le sont.

[281] Dans la cause de M. Chouhan, la preuve était entièrement circonstancielle et tributaire de témoignages, y compris le témoignage de M. Chouhan lui-même. C’est dans l’appréciation d’une telle preuve que l’avantage du jury d’être un juge des faits de

role as the conscience of the community are essential. A jury composed of jurors whose life experiences were totally divorced from those of Mr. Chouhan could not be said to deliver these benefits.

[282] It has been said that “[a] jury that may do for a particular defendant in a particular case may be unsuitable for a different defendant in a different case” (J. J. Gobert, “The Peremptory Challenge — an Obituary” (1989), *Crim. L. Rev.* 528, at p. 533). Mr. Chouhan needed an opportunity to empanel a jury capable of providing him with the benefit of trial by jury. Without peremptory challenges, there was a significantly increased risk that his jury would contain biased jurors. Similarly, he was unable to remove jurors who were not competent to assess the specific evidence he presented. Peremptory challenges could have furthered the diversity of the jury as well.

[283] When combined, the eroded protections of impartiality, representativeness and competence were not enough to provide Mr. Chouhan with the benefit of trial by jury because they rendered the elements of the benefit uncertain. A jury trial cannot be considered a benefit when the benefit is uncertain.

[284] Before assessing whether this limit can be justified, I note that many of the same considerations apply to s. 11(d). Section 11(d) guarantees an accused the right to a fair trial by an impartial tribunal. The same concerns that animate the impartiality problems under s. 11(f) also apply to s. 11(d). And while I will discuss s. 11(d) further in the section on the temporal application of s. 269 of the *Amending Act*, I do not wish to be taken as deciding this case under s. 11(f) because s. 11(d) is not applicable. It very well may be applicable.

qualité supérieure et un décideur représentant la conscience de la collectivité sont essentiels. Un jury composé de jurés dont les expériences personnelles sont radicalement différentes de l’expérience de M. Chouhan ne peut prétendre procurer ces avantages.

[282] Il a été dit qu’un [TRADUCTION] « jury qui peut convenir à tel défendeur dans une cause donnée ne conviendrait pas forcément à un défendeur différent dans une autre cause » (J. J. Gobert, « The Peremptory Challenge — an Obituary » (1989), *Crim. L. Rev.* 528, p. 533). Monsieur Chouhan devait se voir accorder l’occasion de constituer un jury apte à lui permettre de bénéficier d’un procès avec jury. Sans récusation péremptoire, le risque était nettement plus élevé que son jury soit constitué de jurés biaisés. De manière semblable, M. Chouhan n’a pas été en mesure d’exclure des jurés qui n’étaient pas compétents pour apprécier la preuve qu’il a spécifiquement présentée. Les récusations péremptoires auraient pu contribuer, elles aussi, à constituer un jury diversifié.

[283] Considérées ensemble, les protections érodées d’impartialité, de représentativité et de compétence n’étaient pas suffisantes pour permettre d’offrir à M. Chouhan le bénéfice d’un procès avec jury, parce qu’elles ont rendu les éléments du bénéfice incertains. Un procès avec jury ne peut être considéré comme un bénéfice si ledit bénéfice est incertain.

[284] Avant d’examiner si une telle limite peut être justifiée, j’observe que bon nombre des mêmes considérations s’appliquent à l’al. 11d). Celui-ci garantit à l’accusé le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial. Les mêmes préoccupations qui animent les questions d’impartialité au regard de l’al. 11f) valent aussi pour l’al. 11d). Qui plus est, même si j’en dis davantage sur l’al. 11d) ci-dessous, dans la section relative à l’application temporelle de l’art. 269 de la *Loi modificatrice*, loin de moi l’idée de vouloir statuer sur la présente affaire au titre de l’al. 11f), au motif que l’al. 11d) n’est pas applicable. Il se pourrait fort bien qu’il soit applicable.

IV. Section 1 of the Charter

[285] Section 1 of the *Charter* provides:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[286] In order to determine whether this limit on s. 11(f) constitutes a *Charter* infringement, I must determine whether it may be justified as a reasonable limit prescribed by law. The impugned provision of the *Amending Act* is clearly prescribed by law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135). In order for it to constitute a reasonable limit that is demonstrably justified in a free democratic society, Parliament must have been pursuing a pressing and substantial objective, the means chosen to implement that objective must be rationally connected to it and must minimally impair the *Charter* right, and there must be proportionality between the effects of the measure and the objective identified at the first step (p. 139).

[287] From the debates surrounding the *Amending Act*, it is clear that Parliament's objective in abolishing peremptory challenges was to reduce discrimination and increase diversity on juries. When introducing the bill, the Minister of Justice spoke of these concerns:

Peremptory challenges give the accused and the crown the ability to exclude jurors without providing a reason. In practice, this can and has led to their use in a discriminatory manner to ensure a jury of a particular composition.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at p. 19605)

At third reading, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice referred to similar objectives:

IV. Article premier de la Charte

[285] L'article premier de la *Charte* dispose :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[286] Pour déterminer si cette limite à l'application de l'al. 11f) constitue une contravention à la *Charte*, je dois décider si elle peut être justifiée en tant que limite raisonnable imposée par une règle de droit. La disposition contestée de la *Loi modificatrice* est manifestement imposée par une règle de droit (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135). Pour qu'elle soit considérée comme une limite raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le Parlement doit avoir poursuivi un objectif urgent et réel, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, l'atteinte au droit garanti par la *Charte* doit être minimale et les effets de la mesure restrictive doivent être proportionnés à l'objectif défini à la première étape (p. 139).

[287] Il ressort clairement des débats entourant la *Loi modificatrice* que lorsque le Parlement a aboli les récusations péremptoires, son objectif était de réduire la discrimination et d'accroître la diversité des jurys. Lors de la présentation du projet de loi, la ministre de la Justice abordait ainsi ces préoccupations :

Les récusations péremptoires donnent au prévenu et à la Couronne la capacité d'exclure un juré sans avoir à se justifier. Dans la pratique, cela peut être utilisé de façon discriminatoire afin d'en arriver à une composition particulière du jury, et cela s'est fait.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19605)

En troisième lecture, le Secrétaire parlementaire de la ministre de la Justice évoquait des objectifs semblables :

The under-representation of indigenous peoples and visible minorities on juries is a major concern. This problem has been well-documented for years. We believe that eliminating peremptory challenges will significantly improve the diversity of juries.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 360, 1st Sess., 42nd Parl., November 28, 2018, at p. 24108)

[288] Reducing discrimination and empanelling more diverse juries represents a pressing and substantial objective. However, the means chosen — abolishing peremptory challenges — is not rationally connected to this objective. Removing peremptory challenges altogether has the effect of preventing any possible discrimination against potential jurors. However, it also has the effect of furthering discrimination against racialized and other marginalized persons, and potentially reducing jury diversity. The evidence before the trial judge indicated that peremptory challenges are used by racialized and other marginalized persons to attempt to empanel more diverse juries (Bayliss Affidavit, at paras. 4 and 15-19; O'Connor Affidavit, at paras. 9-15; trial transcripts, A.R., Supp., at pp. 15, 20-21, 35, 41-42 and 45-46).

[289] In *R. v. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618, Goodman J. found the abolition of peremptory challenges overbroad (para. 232). For similar reasons, the abolition of peremptory challenges is not minimally impairing of the right to the benefit of trial by jury. The most obvious alternative was to empower judges to regulate the use of peremptory challenges and ensure that they are not used in a discriminatory way. The interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers point out that one possible approach to regulating the use of peremptory challenges was raised in the Iacobucci Report (Recommendation 15, at p. 106). That approach originated in *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), where the Supreme Court of the United States established that a party only needs to raise a *prima facie* case that the other is using a peremptory challenge for a discriminatory

La sous-représentation au sein des jurys, en particulier des peuples autochtones et des minorités visibles, est une préoccupation majeure. Ce problème est bien documenté depuis des années. Nous pensons qu'abolir les récusations péremptoires aura un effet significatif sur l'amélioration de la diversité au sein des jurys.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 360, 1^{re} sess., 42^e lég., 28 novembre 2018, p. 24108)

[288] La réduction de la discrimination et la constitution de jurys plus diversifiés constituent un objectif urgent et réel. Toutefois, le moyen choisi — l'abolition des récusations péremptoires — n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. La suppression pure et simple des récusations péremptoires a pour effet d'empêcher toute discrimination possible à l'égard de candidats jurés. Cependant, elle a aussi pour effet de perpétuer la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées et possiblement de diminuer la diversité des jurys. La preuve dont disposait le juge du procès démontrait que les récusations péremptoires sont utilisées par les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées pour tenter de constituer des jurys plus diversifiés (affidavit Bayliss, par. 4 et 15-19; affidavit O'Connor, par. 9-15; transcriptions du procès, d.a., suppl., p. 15, 20-21, 35, 41-42 et 45-46).

[289] Dans la décision *R. c. King*, 2019 ONSC 6386, 148 O.R. (3d) 618, le juge Goodman a conclu que l'abolition des récusations péremptoires avait une portée trop large (par. 232). Pour des raisons semblables, l'abolition des récusations péremptoires ne constitue pas une atteinte minimale au droit de bénéficier d'un procès avec jury. La solution de rechange la plus manifeste était de conférer aux juges le pouvoir d'encadrer le recours aux récusations péremptoires et de veiller à ce qu'elles ne soient pas utilisées de manière discriminatoire. Les intervenantes l'Association canadienne des avocats musulmans et la Federation of Asian Canadian Lawyers font observer que l'une des approches possibles pour encadrer le recours aux récusations péremptoires a été évoquée dans le Rapport Iacobucci (Recommendation 15, p. 106). Cette approche a pour origine l'arrêt *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), où la Cour suprême

purpose. If they do, then the party exercising the challenge has the burden of demonstrating that they were not doing so for a discriminatory purpose. If the party is unable to justify their challenge, then the judge may seat the struck juror.

[290] The *Batson* approach is just one of many possible approaches to limiting the discriminatory uses of peremptory challenges. Courts in Canada have also discussed limits on the exercise of peremptory challenges to ensure that they are not exercised in a discriminatory manner (*R. v. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Gayle*). There are also many other ways that Parliament could further diversity on juries. It is well documented that the problems of exclusion of racialized and other marginalized persons happen throughout all stages of empanelling a jury. Parliament could have altered the *Code*'s juror qualifications or grounds of challenge for cause. It could also have modified the challenge for cause process to create a meaningful system for identifying biased jurors, such as allowing more extensive questioning or questionnaires.

[291] Given that peremptory challenges provide a great benefit to many accused persons and that their elimination perpetuates discrimination against racialized and other marginalized persons, the deleterious effects outweigh the salutary effects of the legislation.

[292] Since the abolition of peremptory challenges limits s. 11(f) and is not a reasonable limit prescribed by law, s. 269 of the *Amending Act* should be struck down to the extent that it repeals s. 634 of the *Code*.

des États-Unis a établi qu'il suffit qu'une partie souleve une cause *prima facie* selon laquelle l'autre partie a recours à la récusation péremptoire dans un dessein discriminatoire. Si c'est le cas, il incombe alors à la partie qui exerce son droit à la récusation de démontrer qu'elle n'a pas eu recours à la récusation dans un dessein discriminatoire. Si cette partie ne réussit pas à justifier sa récusation, le juge peut alors ordonner que le juré qui fait l'objet de la récusation fasse partie du jury.

[290] L'approche *Batson* n'est que l'une des nombreuses méthodes possibles permettant de limiter les recours discriminatoires aux récusations péremptoires. Les tribunaux canadiens ont, eux aussi, débattu des limites à établir pour les recours aux récusations péremptoires, afin de s'assurer qu'elles ne puissent être exercées de manière discriminatoire (*R. c. Brown* (1999), 73 C.R.R. (2d) 318 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Gayle*). Il existe également de nombreuses autres avenues que le Parlement pouvait emprunter pour favoriser la diversité des jurys. Il est bien établi que les problèmes d'exclusion des personnes racisées et d'autres personnes marginalisées surviennent tout au long des étapes de la constitution d'un jury. Le Parlement aurait pu modifier les critères de qualification établis par le *Code* pour être juré ou encore les motifs de récusation motivée. Il aurait aussi pu modifier le processus de récusations motivées pour créer un système significatif permettant de repérer les jurés biaisés, par exemple, en permettant des interrogatoires ou questionnaires plus approfondis.

[291] Étant donné que les récusations péremptoires offrent un grand avantage à de nombreuses personnes accusées et que leur élimination perpétue la discrimination envers les personnes racisées et d'autres personnes marginalisées, les effets néfastes de la loi l'emportent sur ses effets bénéfiques.

[292] Puisque l'abolition des récusations péremptoires restreint le droit garanti à l'al. 11f) et qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit, l'art. 269 de la *Loi modificatrice* devrait être invalidé dans la mesure où il abroge l'art. 634 du *Code*.

V. Temporal Application

[293] Had I not found that s. 269 of the *Amending Act* should be struck down in part, I would have found that it should not have been applied to Mr. Chouhan's trial. Indeed, I agree with my colleague Abella J. that the abolition of peremptory challenges affects the accused's substantive rights and can apply only prospectively.

[294] The *Amending Act* contains no transitional provision setting out Parliament's intention as to whether s. 269 should apply to criminal prosecutions pending in the system. There is an ancient canon of construction — expressed in the maxims *lex prospicit non respicit* and *nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis* — whereby courts presume that legislation will have only prospective effect (*Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes* (1797), at p. 292; *L'Office Cherifien des Phosphates v. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486 (H.L.), at p. 494; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paras. 43-45). This canon does not apply to changes to legislation that are purely procedural. Purely procedural changes are presumed to apply retrospectively. In order to qualify as purely procedural, a change cannot affect a substantive right: "New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively" (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10; see also *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at p. 265). Similar language is used in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21:

43 Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

V. Application temporelle

[293] Si je n'avais pas conclu que l'art. 269 de la *Loi modificatrice* devait être invalidé en partie, j'aurais conclu qu'il n'aurait pas dû être appliqué au procès de M. Chouhan. En effet, je partage l'opinion de ma collègue la juge Abella selon laquelle l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte aux droits substantiels de l'accusé et ne peut s'appliquer que prospectivement.

[294] La *Loi modificatrice* ne contient aucune disposition transitoire établissant l'intention du Parlement quant à savoir si l'art. 269 devrait s'appliquer aux poursuites criminelles en cours. Il existe une règle ancienne d'interprétation — exprimée dans les locutions latines *lex prospicit non respicit* et *nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis* — selon laquelle les tribunaux présument que les mesures législatives ont uniquement des effets prospectifs (*Shoile's Case* (1608), Jenk. 284, 145 E.R. 205; E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes* (1797), p. 292; *L'Office Cherifien des Phosphates c. Yamashita-Shinnihon Steamship Co. Ltd.*, [1994] 1 A.C. 486 (H.L.), p. 494; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 43-45). Cette règle ne s'applique pas aux changements législatifs qui sont de nature purement procédurale. Ces derniers sont présumés s'appliquer rétrospectivement. Pour qu'un changement soit considéré comme étant purement procédural, il ne doit pas porter atteinte à un droit substantiel : « Une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à [des droits acquis ou substantiels] est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement » (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10; voir aussi *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 265). Un libellé semblable est utilisé dans la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21 :

43 L'abrogation, en tout ou en partie, n'a pas pour conséquence :

...

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed.

[295] The abolition of peremptory challenges will apply only prospectively if the right to peremptory challenges is a substantive right or if the abolition of peremptory challenges affects a substantive right.

(1) Is the Right to Peremptory Challenges a Substantive Right?

[296] The respondent argues that the right to peremptory challenges is itself a substantive right (R.F., at para. 78). Some judges have agreed with this position (*R. v. Dorion*, 2019 SKQB 266, at para. 46 (CanLII); *R. v. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49, at para. 44; *R. v. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1, at paras. 109-10). In the words of Saunders J.:

The peremptory challenges provisions of the Code are procedural, in the sense that they prescribe a method to be followed to secure an accused their Charter right to a jury trial. But the right to peremptory challenges itself has been so fundamental to Canadian criminal law, and is so deeply entrenched, that it must be regarded, standing on its own, as a substantive right.

(*Subramaniam*, at para. 44)

[297] I agree with Saunders J. that although peremptory challenges may be procedural in form, this does not mean that they are procedural for the purpose of determining the temporal application of the amendments. A court must consider the function and effect of peremptory challenges, not merely their form (*Dineley*, at para. 55). In my view, this must be done in light of the principles underlying the courts' reluctance to interpret provisions as applying retrospectively. In *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at paras. 23-25, Justice Karakatsanis explained these principles:

...

e) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé.

[295] L'abolition des récusations péremptoires ne s'appliquera que prospectivement si le droit à ces récusations constitue un droit substantiel ou si elle porte atteinte à un droit substantiel.

(1) Le droit à des récusations péremptoires constitue-t-il un droit substantiel?

[296] L'intimé fait valoir que le droit d'exercer des récusations péremptoires est en soi un droit substantiel (m.i., par. 78). Certains juges ont souscrit à cette thèse (*R. c. Dorion*, 2019 SKQB 266, par. 46 (CanLII); *R. c. Subramaniam*, 2019 BCSC 1601, 445 C.R.R. (2d) 49, par. 44; *R. c. Matthew Raymond (Ruling #4)*, 2019 NBQB 203, 57 C.R. (7th) 1, par. 109-110). Comme l'affirme le juge Saunders :

[TRADUCTION] Les dispositions du Code relatives aux récusations péremptoires sont de nature procédurale, en ce sens qu'elles énoncent la méthode à suivre pour garantir à un accusé son droit à un procès avec jury, un droit garanti par la Charte. Cependant, le droit d'exercer des récusations péremptoires est en soi si fondamental en droit criminel canadien, et si profondément enraciné, qu'il doit être considéré — pris isolément — comme un droit substantiel.

(*Subramaniam*, par. 44)

[297] Je suis d'accord avec le juge Saunders lorsqu'il affirme que même si les récusations péremptoires peuvent être procédurales en raison de leur forme, cela ne signifie pas qu'elles sont procédurales lorsqu'il s'agit de déterminer l'application temporelle des modifications. Un tribunal doit analyser la fonction et l'effet des récusations péremptoires, et non pas simplement leur forme (*Dineley*, par 55). À mon avis, cela doit être fait à la lumière des principes qui sous-tendent la réticence des tribunaux à interpréter les dispositions législatives de sorte qu'elles s'appliquent rétroactivement. Dans l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 23-25, la juge Karakatsanis a expliqué ces principes :

This constitutional aversion to retrospective criminal laws is in part motivated by the desire to safeguard the rule of law. As Lord Diplock put it, “acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it” (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). . . .

Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, “since it puts them under the threat of retrospective change” (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39).

Relatedly, retrospective laws implicate fairness. “It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754).

[298] The doctrine of legitimate expectations demonstrates that these principles can be engaged by rules that are procedural in form. These principles have animated the doctrine of legitimate expectations to protect expectations created by a government official’s representations that a particular administrative procedure will be followed (*Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at para. 68; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paras. 22-38; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at pp. 1203-4; D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 7:1720).

[299] In contrast, the justifications proffered by courts for excluding purely procedural legislation from the presumption against retrospectivity are that there is no vested right in procedure and that procedural changes benefit all (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2

Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638) [. . .]

La disposition d’application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l’intégrité des dispositions actuellement en vigueur [TRADUCTION] « parce qu’elle expose ces dernières au risque d’une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).

Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 754).

[298] La doctrine des attentes légitimes démontre que ces principes peuvent être engagés par des règles qui sont procédurales de par leur forme. Ces principes ont nourri la doctrine des attentes légitimes afin de protéger les attentes créées par les affirmations d’un représentant de l’État qui auraient suscité chez un administré des attentes légitimes concernant la tenue d’un processus administratif précis (*Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, par. 68; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, par. 22-38; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, p. 1203-1204; D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 7:1720).

[299] En revanche, les explications offertes par les tribunaux pour justifier l’exclusion de mesures législatives purement procédurales de la présomption à l’encontre de la rétroactivité sont fondées sur le fait qu’il n’y a pas de droit acquis en matière de procédure et que les modifications de nature

S.C.R. 248, at para. 62). In the words of Mellish L.J. in *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), at p. 69, “[n]o suitor has any vested interest in the course of procedure, nor any right to complain if during the litigation the procedure is changed, provided, of course, that no injustice is done” (cited in *Dineley*, at para. 54). It is the last part of this statement that the majority overlook. Purely procedural legislation is excluded from the presumption against retrospectivity because courts assume that changes to procedures do not cause the same level of unfairness as changes to substantive rights.

[300] It is quite paradoxical for my colleagues to acknowledge that peremptory challenges are important to the accused but then say that this does not affect their classification as procedural or substantive: “[P]rocedural rights are often no less important than substantive rights from the perspective of the accused person” (para. 98). The principle that procedural changes are presumed to apply retrospectively is premised on the idea that purely procedural changes tend to have neutral or positive effects. The presumption that substantive changes should apply prospectively is premised on the idea that changing substantive rules is unfair, “especially if the change results in negative consequences”. My colleagues’ strict definition of substantive changes arbitrarily protects some rights whilst simultaneously abandoning others that are of equal importance to the accused. Why would the law make such a distinction?

[301] When assessed against these underlying principles, peremptory challenges are substantive. The abolition of peremptory challenges is not beneficial for all. It is entirely detrimental to the accused, and its immediate application creates unfairness for

procédurale bénéficient à tous (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 62). Selon les propos tenus par le lord juge Mellish dans *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), p. 69, [TRADUCTION] « [a]ucun plaideur n’a de droit acquis quant à la façon de procéder, ni le droit de se plaindre en cas de modification de la procédure au cours d’un litige, pour autant, bien entendu, que cette modification n’entraîne pas d’injustice » (cité dans *Dineley*, par. 54). C’est la dernière partie de cette déclaration que les juges majoritaires ignorent. Les mesures législatives purement procédurales ne tombent pas dans le champ d’application de la présomption allant à l’encontre de la rétroactivité, parce que les tribunaux sont d’avis que les modifications procédurales n’entraînent pas le même degré d’injustice que des modifications apportées aux droits substantiels.

[300] Il est assez paradoxal de la part de mes collègues de reconnaître que les récusations péremptoires sont importantes pour l’accusé, mais de dire ensuite que cela n’a pas d’incidence sur leur classification en tant que droits procéduraux ou droits substantiels : « [L]es droits procéduraux ne sont souvent pas moins importants que les droits substantiels du point de vue de l’accusé » (par. 98). Le principe selon lequel les modifications procédurales sont présumées s’appliquer rétroactivement est fondé sur l’idée que les modifications purement procédurales ont tendance à avoir des effets neutres ou positifs. La présomption selon laquelle les modifications substantielles devraient s’appliquer prospectivement est fondée sur l’idée que les modifications aux règles substantielles sont injustes, « surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives ». La définition stricte que mes collègues donnent aux modifications substantielles protège arbitrairement certains droits tout en abandonnant simultanément d’autres qui ont une importance tout aussi grande pour l’accusé. Pourquoi le droit ferait-il une telle distinction?

[301] Lorsqu’elles sont évaluées au regard de ces principes sous-jacents, les récusations péremptoires sont de nature substantielle. L’abolition des récusations péremptoires n’est pas avantageuse pour tous. Elle est entièrement préjudiciable à l’accusé et son

those who have relied upon the existence of such challenges to make decisions. The abolition of peremptory challenges changes the legal character or consequences of an accused's prior actions, such as electing to be tried by jury or seeking an adjournment of an earlier trial (*Subramaniam*, at para. 45). Therefore, the abolition of peremptory challenges is an amendment affecting a substantive right.

(2) If the Right to Peremptory Challenges Is Not a Substantive Right, Does the Abolition of Peremptory Challenges Affect a Substantive Right?

[302] The second way in which the abolition will apply only prospectively is if it affects a substantive right. My colleagues do not define what it means for an amendment to affect a substantive right. In *Dineley*, Deschamps J. said that affecting a substantive right includes altering the content or existence of the right, but not merely changing the manner in which the right is asserted or enforced (paras. 10 and 16). Of course, this definition was not intended to be and cannot be exhaustive. Legislation cannot alter the content or existence of a *Charter* right, but *Charter* rights are substantive rights (para. 21).

[303] In *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, Iacobucci and Arbour JJ. used the phrase “creates or impinges upon substantive or vested rights” (para. 57). “Impinges” must mean something short of infringement, because the canon would be of no use if it applied only where the *Charter* was infringed. In *Craig*, Justice Dawe determined that the word “affect” should be understood in its ordinary and grammatical sense: “One thing is ordinarily said to ‘affect’ something else if it ‘has an effect on’ or ‘makes a difference’ to the second thing” (para. 54 (footnote omitted)). In the case of *Charter* rights, I

application immédiate crée une injustice pour ceux qui se sont fondés sur l’existence de telles récusations pour prendre certaines décisions. L’abolition des récusations péremptoires change la nature juridique ou les conséquences de certaines décisions prises antérieurement par l’accusé, comme le choix d’être jugé par un jury ou de demander le report d’un procès dont la date de début était déjà fixée (*Subramaniam*, par. 45). Par conséquent, l’abolition des récusations péremptoires est une modification qui porte atteinte à un droit substantiel.

(2) Si le droit d’exercer des récusations péremptoires n’est pas un droit substantiel, leur abolition porte-t-elle atteinte à un droit substantiel?

[302] La deuxième façon selon laquelle l’abolition des récusations péremptoires ne s’appliquera que prospectivement est si elle porte atteinte à un droit substantiel. Mes collègues ne définissent pas ce qu’il faut entendre par une modification qui porte atteinte à un droit substantiel. Dans l’arrêt *Dineley*, la juge Deschamps a affirmé que porter atteinte à un droit substantiel inclut les modifications qui influent sur le contenu ou sur l’existence du droit en question, mais non les modifications qui régissent simplement la manière permettant de faire valoir ou sanctionner ce droit (par. 10 et 16). Bien entendu, cette définition ne se voulait pas exhaustive et elle ne saurait l’être. Une mesure législative ne peut modifier le contenu ou l’existence d’un droit garanti par la *Charte*, mais les droits garantis par la *Charte* sont néanmoins des droits substantiels (par. 21).

[303] Dans l’arrêt *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, les juges Iacobucci et Arbour ont utilisé l’expression « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits » (par. 57). Les empiètements doivent être quelque chose de moins qu’une violation, car la règle n’aurait aucune utilité si elle ne s’appliquait que lorsqu’il y a eu violation à la *Charte*. Dans la décision *Craig*, le juge Dawe a conclu que l’expression [TRADUCTION] « porter atteinte » devrait être comprise dans son sens ordinaire et grammatical : « On dit en général qu’une chose “porte atteinte” à une autre si elle a “un effet”

agree. “Affect” must be understood in its ordinary and grammatical sense.

[304] In determining whether the abolition of peremptory challenges affects substantive rights, our starting point should be the Attorney General of Canada’s admission that it does and that it should apply only prospectively:

The elimination of peremptory challenges goes beyond altering the manner or mode in which peremptory challenges are exercised and abolishes this procedure entirely. This change is substantive in its affects [sic], not by virtue of eliminating this procedure, but because of its substantive impact on the right to trial by jury.

(I.F., at para. 79)

[305] In her *Charter* Statement on the *Amending Act*, the Attorney General repeated similar concerns: “The elimination of peremptory challenges from the *Criminal Code* may engage the fair trial rights of the accused as protected by sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*” (Canada, Department of Justice, *Charter Statement — Bill C-75: An Act to Amend the Criminal Code, Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts* (online)). The Attorney General’s view is not binding on us, but it is nonetheless telling.

[306] The Attorney General’s view echoes this Court’s view of the important effects that peremptory challenges have on rights in *Cloutier*. There, Justice Pratte said that the consequences that flow from a legal error by the trial judge must depend on the nature of the rule violated and the importance of the right that the rule is designed to safeguard (p. 715). He went on to say that, in the jury selection process, some rules

ou “une influence” sur cette autre chose » (par. 54 (note en bas de page omise)). En ce qui concerne les droits garantis par la *Charte*, je suis du même avis. L’expression « porter atteinte » doit être interprétée selon son sens ordinaire et grammatical.

[304] Pour savoir si l’abolition des récusations péremptoires porte atteinte à des droits substantiels, le point de départ de l’analyse devrait être le fait que le procureur général du Canada a admis que l’abolition porte effectivement atteinte aux droits substantiels et qu’elle ne devrait s’appliquer que pour l’avenir :

[TRADUCTION] L’élimination des récusations péremptoires va au-delà de la modification de la manière ou du mode selon lequel les récusations péremptoires sont exercées : elle abolit entièrement cette procédure. Ce changement est substantiel de par ses effets, non pas en raison de l’élimination de cette procédure, mais en raison de son effet substantiel sur le droit à un procès avec jury.

(m. interv., par. 79)

[305] Dans son Énoncé concernant la *Charte*, à propos de la *Loi modificatrice*, la procureure générale réitérait les mêmes réserves : « L’élimination des récusations péremptoires du *Code criminel* pourrait mettre en jeu les droits de l’accusé à un procès équitable, droits garantis aux alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* » (Canada, Ministère de la Justice, *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois* (en ligne)). La position du procureur général ne nous lie pas, mais elle est néanmoins révélatrice.

[306] La position du procureur général fait écho à l’opinion de notre Cour, dans l’arrêt *Cloutier*, selon laquelle les récusations péremptoires ont des effets importants sur les droits. Le juge Pratte y écrivait que les conséquences d’une erreur de droit commise par le juge du procès doivent dépendre de la nature de la règle violée et de l’importance du droit que celle-ci vise à protéger (p. 715). Il affirmait ensuite que, dans le processus de sélection des jurés, certaines règles

are purely procedural, others are designed to protect the personal interests of one or other of the parties, and others have an even more fundamental importance in that they seek to ensure the integrity of the [system] that establishes, as between the parties, a predetermined state of balance. [p. 715]

Recognizing the important rights safeguarded by the accused's right to peremptorily challenge, he found that the legal error of denying an accused even a single peremptory challenge automatically entitles the accused to a new trial because there is "*préjudice de droit*" (pp. 721 and 724).

[307] As my colleague Abella J. explains in her reasons, abolishing peremptory challenges affects ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* by diminishing the accused's ability to meaningfully participate in jury selection. It should be clear from my above analysis that the abolition of peremptory challenges affects the accused's s. 11(f) right (see also *R. v. Lindor*, 2019 QCCS 4232, at paras. 132, 134, 136-37 and 143-44 (CanLII)). However, I wish to explain why it also affects the right to a fair trial by an impartial tribunal.

[308] Section 11(d) requires both a fair trial and an impartial tribunal. Impartiality under s. 11(d) considers both actual bias and the appearance of bias and therefore captures the same problems that I discussed in the s. 11(f) impartiality analysis. Peremptory challenges enable the accused to strike jurors who have subtle and unconscious biases. Again, the fact that such challenges are actually effective at reducing bias is supported by the fact that all three of the new jury selection and trial protections analysed by my colleagues Moldaver and Brown JJ. are designed to protect impartiality.

[309] The abolition of peremptory challenges also affects the fair trial element of s. 11(d). Peremptory challenges improve an accused's perception of trial

sont purement procédurales, d'autres visent à protéger l'intérêt personnel de l'une ou l'autre des parties, d'autres enfin ont une importance encore plus fondamentale en ce qu'elles visent à assurer l'intégrité du système en garantissant un équilibre prédéterminé entre les parties en cause. [p. 715]

Reconnaissant les droits importants protégés par le droit de l'accusé de récuser péremptoirement des jurés, il a conclu que l'erreur de droit consistant à nier à l'accusé ne serait-ce qu'une seule récusation péremptoire donnait automatiquement à celui-ci le droit à un nouveau procès, parce qu'il y a « *préjudice de droit* » (p. 721 et 724).

[307] Comme ma collègue la juge Abella l'explique dans ses motifs, l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte aux droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* en réduisant la possibilité pour l'accusé de véritablement participer à la sélection des jurés. Il devrait ressortir clairement de mon analyse ci-dessus que l'abolition des récusations péremptoires porte atteinte au droit garanti à l'accusé par l'al. 11f) (voir aussi *R. c. Lindor*, 2019 QCCS 4232, par. 132, 134, 136-137 et 143-144 (CanLII)). Toutefois, je souhaite expliquer pourquoi cette abolition porte aussi atteinte au droit à un procès équitable devant un tribunal impartial.

[308] L'alinéa 11d) requiert à la fois un procès équitable et un tribunal impartial. L'impartialité au sens où l'entend l'al. 11d) tient compte à la fois de la partialité réelle et de l'apparence de partialité et elle englobe donc les mêmes problèmes que ceux que j'évoquais dans mon analyse de l'impartialité relative à l'al. 11f). Les récusations péremptoires permettent à l'accusé d'écarter les jurés qui ont des biais subtils et inconscients. Encore une fois, le fait que de telles récusations sont véritablement efficaces en matière de réduction des biais est étayé par la thèse que toutes les trois nouvelles procédures de sélection des jurés et de protection de l'équité du procès analysées par mes collègues les juges Moldaver et Brown sont conçues pour protéger l'impartialité.

[309] L'abolition des récusations péremptoires porte aussi atteinte à la composante de procès équitable de l'al. 11d). Les récusations péremptoires

fairness because “[t]he availability of peremptory challenges fosters confidence in the adjudicative fairness of the criminal jury trial” (*R. v. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, at para. 124). My colleagues Moldaver and Brown JJ. “do not deny the value of peremptory challenges from the subjective view of accused persons” (para. 18). However, they try to avoid the repercussions of this state of facts by creating a new test for trial fairness that requires a reasonable person analysis (para. 31).

[310] This is contrary to this Court’s repeated findings that trial fairness takes into account the perspective of the accused. Chief Justice McLachlin made this clear: “At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community” (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45; see also *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28). So too did Chief Justice Dickson: “The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair” (*R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 710).

[311] The subjective perceptions of an accused person are not determinative in the s. 11(d) analysis. However, as the above cases demonstrate, an accused person’s perceptions are an important component that must be taken into account. We all accept that peremptory challenges increase an accused person’s perception of trial fairness. It follows that the abolition of such challenges reduces that perception. Since an accused person’s perception of trial fairness is an important component of s. 11(d), and since the abolition of peremptory challenges diminishes that perception, the abolition of peremptory challenges at least affects s. 11(d). Therefore, based on the established understandings of trial fairness and impartiality, the abolition of peremptory challenges affects the right guaranteed by s. 11(d).

améliorent la perception de l’accusé quant à l’équité du procès, parce que [TRADUCTION] « [l]a possibilité de procéder à des récusations péremptoires favorise la confiance à l’égard de l’équité du procès criminel avec jury » (*R. c. Yumnu*, 2010 ONCA 637, 260 C.C.C. (3d) 421, par. 124). Pour mes collègues les juges Moldaver et Brown, il ne s’agit pas de « nier la valeur des récusations péremptoires du point de vue subjectif de l’accusé » (par. 18). Toutefois, ils tentent d’éviter les incidences de cet état de fait en créant un nouveau test en matière de procès équitable, lequel nécessite une analyse de ce que ferait une personne raisonnable dans les circonstances (par. 31).

[310] Cette approche est contraire à la jurisprudence constante de la Cour voulant que l’équité d’un procès doive être approchée selon le point de vue de l’accusé. La juge en chef McLachlin l’a clairement énoncé : « Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l’accusé que de celui de la collectivité » (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45; voir aussi *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28). Le juge en chef Dickson l’a aussi souligné : « L’accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable . . . » (*R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 710).

[311] Les perceptions subjectives de la personne accusée ne sont pas déterminantes quant à l’analyse menée au titre de l’al. 11d). Toutefois, comme le démontrent les causes susmentionnées, les perceptions de la personne accusée sont une composante importante dont il faut tenir compte. Nous souscrivons tous à la thèse selon laquelle les récusations péremptoires accroissent la perception de l’accusé que le procès est équitable. Il s’ensuit que l’abolition de telles récusations diminue cette perception. Puisque la perception de l’accusé à l’égard du caractère équitable du procès est une composante importante de l’al. 11d) et que l’abolition des récusations péremptoires diminue cette perception, l’abolition des récusations péremptoires porte au moins atteinte à l’al. 11d). Par conséquent, eu égard aux interprétations établies de ce que sont le caractère équitable du procès et l’impartialité, l’abolition des récusations péremptoires porte atteinte au droit garanti par l’al. 11d).

[312] Since peremptory challenges are themselves substantive and their abolition also affects other substantive rights, the *Amending Act* should not have applied to Mr. Chouhan's trial. It was an error of law to have Mr. Chouhan tried by a jury selected without peremptory challenges. This is not a case where it would be appropriate to apply the curative proviso in either s. 686(1)(b)(iii) or s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. For either section to apply, our jurisprudence requires that the Crown demonstrate the legal error caused no prejudice to the accused (*R. v. Arradi*, 2003 SCC 23, [2003] 1 S.C.R. 280, at para. 42). It cannot do so here. First, the failure to provide Mr. Chouhan with peremptory challenges cannot be harmless or minor. This is not only because the denial of peremptory challenges negatively affects *Charter* rights, but also because Mr. Chouhan would likely have been tried by a differently composed jury if he had been given his peremptory challenges. In *Davey*, at para. 55, Karakatsanis J. said that where "there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined. It seems to me that in such circumstances, the presumption that the jury is impartial is displaced." Second, the case against Mr. Chouhan was not so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain. The evidence against Mr. Chouhan was entirely circumstantial and was contested by him.

[313] Had I not found that s. 269 of the *Amending Act* impairs s. 11(f), I would have found that it affects both s. 11(d) and s. 11(f), that it applies only prospectively and that it therefore should not have been applied to Mr. Chouhan's trial.

VI. Conclusion

[314] Although my colleagues find that the abolition of peremptory challenges is constitutional,

[312] Puisque les récusations péremptoires sont en soi substantielles et que leur abolition porte aussi atteinte à d'autres droits substantiels, la *Loi modificatrice* n'aurait pas dû être appliquée au procès de M. Chouhan. Le fait de permettre que M. Chouhan soit jugé par des jurés sélectionnés sans recours aux récusations péremptoires constituait une erreur de droit. Il ne s'agit pas ici d'une affaire où il serait opportun d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ou celle du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code*. Pour que l'un ou l'autre de ces sous-alinéas s'applique, la jurisprudence de la Cour exige que la Couronne démontre que l'erreur judiciaire n'a causé aucun préjudice à l'accusé (*R. c. Arradi*, 2003 CSC 23, [2003] 1 R.C.S. 280, par. 42). Cela ne peut pas être le cas en l'espèce. Premièrement, le fait de ne pas avoir donné à M. Chouhan la possibilité d'exercer son droit de récusation péremptoire ne saurait être sans préjudice ou anodin. Il en est ainsi non seulement parce que le déni de récusations péremptoires porte atteinte à des droits garantis par la *Charte*, mais aussi parce que M. Chouhan aurait probablement été jugé par un jury différemment constitué, s'il s'était vu accorder le droit d'exercer des récusations péremptoires. Au paragraphe 55 de l'arrêt *Davey*, la juge Karakatsanis écrivait que, dans les cas où « il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise. Il me semble que, dans de telles circonstances, la présomption d'impartialité du jury est repoussée. » Deuxièmement, la preuve produite contre M. Chouhan n'était pas à ce point accablante, de sorte que tout autre verdict aurait été impossible à obtenir. La preuve présentée contre M. Chouhan était entièrement circonstancielle et M. Chouhan l'a contestée.

[313] Si je n'avais pas conclu que l'art. 269 de la *Loi modificatrice* contrevient à l'al. 11f), j'aurais conclu qu'il porte atteinte à la fois à l'al. 11d) et à l'al. 11f), qu'il ne vaut que pour l'avenir et qu'il n'aurait donc pas dû être appliqué au procès de M. Chouhan.

VI. Conclusion

[314] Bien que mes collègues concluent que l'abolition des récusations péremptoires est

they also implicitly recognize that the abolition of peremptory challenges leaves a hole in protections for the accused that must be closed. However, they cannot agree on how to close it and radically splinter on the interpretation of s. 633 of the *Code*. This division acutely demonstrates the genius of peremptory challenges and the critical role of the accused in jury selection. It bears repeating that this common law institution had survived for *seven hundred years*. Perhaps now we better understand why.

[315] While my colleagues try to remedy Parliament's misstep by implementing new jury selection and trial protections, I believe our role is more limited. Where Parliament substantially diminishes the benefit of trial by jury, it violates s. 11(f). The abolition of peremptory challenges is unconstitutional. If Parliament wants to modify peremptory challenges, then it must do so in a way that does not violate the accused's right to benefit from trial by jury.

[316] As it stands, the amended s. 633 of the *Code* is not an adequate replacement for peremptory challenges because it fails to protect the core jury characteristics of impartiality, representativeness and competence in the same way that peremptory challenges have. I agree with Moldaver and Brown JJ. that crafting guidance to trial judges on how and when they can use stand asides to promote diversity is a difficult task. There are many types of diversity, and diversity means different things to different people. However, promoting diversity is not a task that s. 633 clearly requires. Section 633 provides that a trial judge may direct a juror to stand by for reasons of "maintaining public confidence in the administration of justice". While the evidence is clear that peremptory challenges were a tool that racialized and other marginalized persons used to improve the representativeness and competence of juries, I cannot read s. 633 as empowering judges to do the same. Nor am I certain that judges are even capable of performing this role. As I have shown above, "[a] jury

constitutionnelle, ils reconnaissent aussi implicitement que cette abolition laisse un vide dans les protections accordées à l'accusé et que ce vide doit être comblé. Toutefois, ils n'arrivent pas à s'entendre sur la manière de le combler et sont radicalement divisés quant à l'interprétation devant être accordée à l'art. 633 du *Code*. Cette division démontre avec acuité l'ingéniosité des récusations péremptoires et le rôle essentiel de l'accusé lors de la sélection du jury. Il convient de répéter que cette institution de la common law a survécu pendant *sept cents ans*. Peut-être que maintenant nous comprenons mieux pourquoi.

[315] Bien que mes collègues tentent de remédier à l'impair commis par le Parlement en instaurant de nouvelles procédures de sélection des jurés et de protection de l'équité du procès, je crois que notre rôle est plus limité que cela. Lorsque le Parlement diminue substantiellement le bénéfice d'un procès avec jury, il viole l'al. 11f). L'abolition des récusations péremptoires est inconstitutionnelle. Si le Parlement souhaite modifier le régime applicable à ces récusations, il doit alors le faire d'une manière qui ne viole pas le droit de l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury.

[316] En l'état actuel, la version modifiée de l'art. 633 du *Code* ne remplace pas adéquatement les récusations péremptoires, parce qu'elle ne protège pas les caractéristiques principales du jury que sont l'impartialité, la représentativité et la compétence de la même manière que l'ont fait les récusations péremptoires. Je conviens avec les juges Moldaver et Brown que l'élaboration de directives à l'intention des juges des procès sur la manière de recourir aux mises à l'écart et le moment de le faire, dans le but de promouvoir la diversité, est une tâche difficile. Il existe plusieurs types de diversités et la diversité signifie différentes choses pour différentes personnes. Toutefois, la promotion de la diversité n'est pas une mission expressément requise par l'art. 633. L'article 633 dispose qu'un juge du procès peut ordonner qu'un juré se tienne à l'écart pour « le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice ». Bien que la preuve établisse clairement que les récusations péremptoires étaient un outil utilisé par les personnes racisées et d'autres personnes

that may do for a particular defendant in a particular case may be unsuitable for a different defendant in a different case”. Different accused persons will have different views of what a representative jury is and what makes a jury representative. I therefore join Moldaver and Brown JJ., who speak for a majority of the Court in their conclusion that s. 633 cannot be used to promote or enhance the diversity of the petit jury. Again, I would not venture suggestions as to what should replace peremptory challenges. I leave that to Parliament and the provincial assemblies.

marginalisées afin d’améliorer la représentativité et la compétence des jurys, je ne peux pas interpréter l’art. 633 comme conférant au juge le pouvoir de faire la même chose. Je ne suis pas non plus certaine que les juges sont même capables d’accomplir cette tâche. Comme je l’ai démontré ci-dessus, un « jury qui peut convenir à tel défendeur dans une cause donnée ne conviendrait pas forcément à un défendeur différent dans une autre cause ». Différentes personnes accusées auront différents points de vue sur ce qu’est un jury représentatif et sur ce qui rend un jury représentatif. J’adhère donc à la conclusion des juges Moldaver et Brown, qui s’expriment au nom de la majorité de la Cour, selon laquelle l’art. 633 ne peut être utilisé pour mieux favoriser ou accroître la diversité du petit jury. Encore une fois, je suis d’avis de ne pas m’aventurer à énoncer des propositions quant au système qui devrait remplacer les récusations péremptoires. Je laisse au Parlement et aux législatures provinciales le soin de s’en occuper.

[317] I would order that s. 269 of the *Amending Act* be struck down to the extent that it repeals s. 634 of the *Code*. I would also order that Mr. Chouhan receive a new trial, including jury selection complete with peremptory challenges.

[317] Je suis d’avis d’ordonner que l’art. 269 de la *Loi modificatrice* est invalide dans la mesure où il abroge l’art. 634 du *Code*. Je suis aussi d’avis d’ordonner un nouveau procès pour M. Chouhan, incluant un nouveau processus de sélection des jurés accompagné de récusations péremptoires.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, ABELLA J. dissenting in part and CÔTÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge ABELLA est dissidente en partie et la juge CÔTÉ est dissidente.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l’appelante/intimée à l’appel incident : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Derstine Penman Criminal Lawyers, Toronto.

Procureurs de l’intimé/appelant à l’appel incident : Derstine Penman Criminal Lawyers, Toronto.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.: Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Fréchette Blanchette Dingman, Sherbrooke.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Fréchette Blanchette Dingman, Sherbrooke.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Black Lawyers: Brauti Thorning, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association of Black Lawyers : Brauti Thorning, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association and the Federation of Asian Canadian Lawyers: Stockwoods, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des avocats musulmans et Federation of Asian Canadian Lawyers : Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the South Asian Bar Association of Toronto: Goddard Nasseri, Toronto.

Procureurs de l'intervenant South Asian Bar Association of Toronto : Goddard Nasseri, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Presser Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société des plaideurs : Presser Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Defence Counsel Association of Ottawa: Shore Johnston Hyslop Day, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Defence Counsel Association of Ottawa : Shore Davis Johnston, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gorham Vandebeek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Gorham Vandebeek, Toronto.

Solicitors for the intervener Debbie Baptiste: Murphys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Debbie Baptiste : Murphys, Toronto.

Solicitors for the intervener British Columbia Civil Liberties Association: Power Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Juristes Power, Vancouver.

Paul Conway *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen and Person in charge
of the Centre for Addiction and Mental
Health *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Ontario Review
Board, Mental Health Legal Committee and
Mental Health Legal Advocacy Coalition,
British Columbia Review Board, Criminal
Lawyers' Association and David Asper Centre
for Constitutional Rights, and Community
Legal Assistance Society** *Interveners*INDEXED AS: **R. v. CONWAY****2010 SCC 22**

File No.: 32662.

2009: October 22; **2010: June 11.**Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused also seeking as remedy order directing mental health facility to provide him with particular treatment — Whether Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedies sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.55.**Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Court of competent jurisdiction — Remedial***Please see in particular para. 24**

c.

**Sa Majesté la Reine et Responsable du Centre
de toxicomanie et de santé mentale** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, Commission
ontarienne d'examen, Mental Health
Legal Committee et Mental Health Legal
Advocacy Coalition, British Columbia Review
Board, Criminal Lawyers' Association
et David Asper Centre for Constitutional
Rights, et Community Legal Assistance
Society** *Intervenants*RÉPERTORIÉ : **R. c. CONWAY****2010 CSC 22**

N° du greffe : 32662.

2009 : 22 octobre; 2010 : 11 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé ayant également demandé, à titre de réparation, qu'il soit ordonné à l'établissement de santé mentale de lui offrir un traitement en particulier — La commission d'examen a-t-elle compétence pour accorder des réparations en application de l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé a-t-il droit aux réparations demandées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.55.**Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Tribunal compétent — Pouvoir de réparation*

jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

Criminal law — Mental disorder — Review Board — Remedial jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms at his disposition hearing before Review Board — Board concluding accused was a threat to public safety and not entitled to absolute discharge under Criminal Code — Whether Review Board has jurisdiction to grant absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedy sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

In 1984, C was found not guilty by reason of insanity on a charge of sexual assault with a weapon. Since the verdict, he has been detained in mental health facilities and diagnosed with several mental disorders. Prior to his annual review hearing before the Ontario Review Board in 2006, C alleged that the mental health centre where he was being detained had breached his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He sought an absolute discharge as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The Board unanimously concluded that C was a threat to public safety, who would, if released, quickly return to police and hospital custody. This made him an unsuitable candidate for an absolute discharge under s. 672.54(a) of the *Criminal Code*, which provides that an absolute discharge is unavailable to any patient who is a “significant threat to the safety of the public”. The Board therefore ordered that C remain in the mental health centre. The Board further concluded that it had no jurisdiction to consider C’s *Charter* claims. A majority in the Court of Appeal upheld the Board’s conclusion that it was not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting an absolute discharge under s. 24(1) of the *Charter*. However, the Court of Appeal unanimously concluded that it was unreasonable for the Board not to address the

des tribunaux administratifs suivant l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commission d’examen — Pouvoir de réparation suivant la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lors de l’audience tenue par la commission d’examen — Commission d’examen concluant que l’accusé mettrait en péril la sécurité du public et n’a pas droit à la libération inconditionnelle suivant le Code criminel — La commission d’examen avait-elle le pouvoir d’accorder la libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte? — Dans l’affirmative, l’accusé avait-il droit à la réparation demandée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Accusé d’agression sexuelle armée, C a été déclaré non coupable pour cause d’aliénation mentale en 1984. Depuis lors, il a été détenu dans des établissements psychiatriques et on lui a diagnostiqué plusieurs troubles mentaux. Avant l’examen annuel de son cas par la Commission ontarienne d’examen en 2006, C a allégué que le centre de santé mentale où il était détenu avait violé les droits que lui conférait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a demandé sa libération inconditionnelle à titre de réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. La Commission a conclu à l’unanimité que C représentait un risque pour la sécurité du public et que, s’il était libéré, il se retrouverait rapidement sous garde policière, puis à l’hôpital. Il n’était donc pas admissible à la libération inconditionnelle, l’al. 672.54(a) du *Code criminel* écartant celle-ci dans le cas d’un patient qui représente « un risque important pour la sécurité du public ». La Commission a donc ordonné que C demeure détenu au centre de santé mentale. Elle a par ailleurs conclu qu’elle ne pouvait pas examiner les demandes de C prenant appui sur la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé sa conclusion selon laquelle elle n’avait pas compétence pour accorder une libération inconditionnelle sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. La Cour d’appel a

treatment impasse plaguing C's detention. This issue was remitted back to the Board.

Before this Court, the issue is whether the Ontario Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter*. C has requested, in addition to an absolute discharge, remedies dealing with his conditions of detention: an order directing the mental health centre to provide him with access to psychotherapy and an order prohibiting the centre from housing him near a construction site.

Held: The appeal should be dismissed.

When the *Charter* was proclaimed, its relationship with administrative tribunals was a blank slate. However, various dimensions of the relationship quickly found their way to this Court. The first wave of relevant cases started in 1986 with *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The *Mills* cases established that a court or administrative tribunal was a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* if it had jurisdiction over the person, the subject matter, and the remedy sought. The second wave started in 1989 with *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The *Slaight* cases established that any exercise of statutory discretion is subject to the *Charter* and its values. The third and final wave started in 1990 with *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, followed in 1991 by *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The cases flowing from this trilogy, which deal with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, established that specialized tribunals with both the expertise and the authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide the constitutionality of their statutory provisions.

This evolution of the case law over the last 25 years has cemented the direct relationship between the *Charter*, its remedial provisions and administrative tribunals. It confirms that we do not have one *Charter* for the courts and another for administrative tribunals and that, with rare exceptions, administrative tribunals with the authority to apply the law, have the jurisdiction to apply the *Charter* to the issues that arise in the proper

toutefois unanimement conclu que la Commission avait déraisonnablement omis de se prononcer sur l'impasse thérapeutique dans laquelle se trouvait C. Cette question a été renvoyée à la Commission.

La question que doit trancher la Cour est celle de savoir si la Commission ontarienne d'examen a compétence pour accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. Outre sa libération inconditionnelle, C a sollicité des mesures de réparation relatives aux conditions de sa détention : une ordonnance enjoignant au centre de santé mentale de lui permettre de bénéficier d'une psychothérapie et une autre interdisant à l'établissement de le loger près d'un chantier de construction.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lors de la promulgation de la *Charte*, son interaction avec les tribunaux administratifs restait à déterminer. Il s'est toutefois écoulé peu de temps avant que la Cour ne soit appelée à se prononcer sur divers aspects de cette interaction. La première vague jurisprudentielle s'est amorcée en 1986 avec l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Cet arrêt et ceux rendus dans sa foulée ont établi qu'une cour de justice ou un tribunal administratif était un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* s'il avait compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, a marqué le début de la deuxième vague en 1989. Dans cet arrêt et ceux qui l'ont suivi, la Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire devait être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent. La troisième et dernière vague a vu le jour en 1990 avec l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, suivi en 1991 de *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et de *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Les arrêts inspirés de cette trilogie portant sur l'application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont établi qu'un tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher des questions de droit était le mieux placé pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives le régissant.

Cette évolution de la jurisprudence au cours des 25 dernières années a affermi la relation directe entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices et les tribunaux administratifs. Elle confirme qu'il n'y a pas une *Charte* pour les cours de justice et une autre pour les tribunaux administratifs et que, sauf rares exceptions, le tribunal administratif investi du pouvoir d'appliquer la loi a compétence pour appliquer la *Charte* aux questions

exercise of their statutory functions. The evolution also confirms that expert tribunals should play a primary role in determining *Charter* issues that fall within their specialized jurisdiction and that in exercising their statutory functions, administrative tribunals must act consistently with the *Charter* and its values.

Moreover, the jurisprudential evolution affirms the practical advantages and the constitutional basis for allowing Canadians to assert their *Charter* rights in the most accessible forum available, without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals. Any scheme favouring bifurcation is, in fact, inconsistent with the well-established principle that an administrative tribunal is to decide all matters, including constitutional questions, whose essential factual character falls within the tribunal's specialized statutory jurisdiction.

A merger of the three distinct constitutional streams flowing from this Court's administrative law jurisprudence calls for a new approach that consolidates this Court's gradual expansion of the scope of the *Charter* and its relationship with administrative tribunals. When a *Charter* remedy is sought from an administrative tribunal, the initial inquiry should be whether the tribunal can grant *Charter* remedies generally. The answer to this question flows from whether the administrative tribunal has the jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law. If it does, and unless the legislature has clearly demonstrated its intent to withdraw the *Charter* from the tribunal's authority, the tribunal will have the jurisdiction to grant *Charter* remedies in relation to *Charter* issues arising in the course of carrying out its statutory mandate. The tribunal is, in other words, a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. This approach has the benefit of attributing *Charter* jurisdiction to a tribunal as an institution, rather than requiring litigants to test, remedy by remedy, whether the tribunal is a court of competent jurisdiction.

Once the initial inquiry has been resolved in favour of *Charter* jurisdiction, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought given its statutory scheme. Answering this question is necessarily an exercise in discerning legislative intent, namely, whether the remedy sought is the kind

soulevées dans le cadre de l'exercice approprié de ses attributions légales. Elle confirme également que les tribunaux spécialisés doivent jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la *Charte* qui relèvent de leur compétence particulière et que les tribunaux administratifs doivent se conformer à la *Charte* et aux valeurs qui la sous-tendent dans l'exercice de leurs attributions légales.

Qui plus est, l'évolution jurisprudentielle confirme les avantages pratiques et le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée sans qu'ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif. Tout régime qui favorise le fractionnement des recours est en fait incompatible avec le principe bien établi selon lequel un tribunal administratif se prononce sur toutes les questions, y compris celles de nature constitutionnelle, dont le caractère essentiellement factuel relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi.

La fusion des trois courants distincts sur la compétence constitutionnelle qui se dégagent de la jurisprudence de notre Cour en droit administratif appelle une nouvelle démarche qui tienne compte de cet élargissement progressif de la portée de la *Charte* par la Cour et de l'interaction de la *Charte* avec les tribunaux administratifs. Lorsque réparation est demandée à un tribunal administratif en application de la *Charte*, il convient de déterminer initialement si le tribunal peut accorder des réparations sur le fondement de la *Charte* en général. À cette fin, il faut se demander si le tribunal administratif a le pouvoir exprès ou tacite de trancher une question de droit. Si tel est le cas et que le législateur n'a pas clairement manifesté l'intention de soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal, ce dernier a compétence pour accorder réparation sur le fondement de la *Charte* relativement à une question se rapportant à celle-ci soulevée dans le cadre de l'exécution de son mandat légal. En d'autres mots, il s'agit d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Cette démarche présente l'avantage de reconnaître la compétence que confère la *Charte* au tribunal en tant qu'institution au lieu d'exiger que les parties fassent déterminer à chaque fois s'il est un tribunal compétent pour accorder une réparation donnée.

Une fois tranchée la question préliminaire et reconnue la compétence fondée sur la *Charte*, il reste à déterminer si le tribunal peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif qui le régit. Il est alors nécessaire de cerner l'intention du législateur, à savoir si la réparation demandée est de celles que

of remedy that the legislature intended would fit within the statutory framework of the particular tribunal. Relevant considerations include the tribunal's statutory mandate and function.

In this case, C seeks certain *Charter* remedies from the Board. The first inquiry, therefore, is whether the Board is a court of competent jurisdiction under s. 24(1). The answer to this question depends on whether the Board is authorized to decide questions of law. The Board is a quasi-judicial body with significant authority over a vulnerable population. It operates under Part XX.1 of the *Criminal Code* as a specialized statutory tribunal with ongoing supervisory jurisdiction over the treatment, assessment, detention and discharge of NCR patients: accused who have been found not criminally responsible by reason of mental disorder. Part XX.1 of the *Criminal Code* provides that any party to a review board hearing may appeal the board's disposition on a question of law, fact or mixed fact and law. The *Code* also authorizes appellate courts to overturn a review board's disposition if it was based on a wrong decision on a question of law. This statutory language is indicative of the Board's authority to decide questions of law. Given this conclusion, and since Parliament has not excluded the *Charter* from the Board's mandate, it follows that the Board is a court of competent jurisdiction for the purpose of granting remedies under s. 24(1) of the *Charter*.

The next question is whether the remedies sought are the kinds of remedies which would fit within the Board's statutory scheme. This requires consideration of the scope and nature of the Board's statutory mandate and functions. The review board regime is intended to reconcile the "twin goals" of protecting the public from dangerous offenders and treating NCR patients fairly and appropriately. Based on the Board's duty to protect public safety, its statutory authority to grant absolute discharges only to non-dangerous NCR patients, and its mandate to assess and treat NCR patients with a view to reintegration rather than recidivism, it is clear that Parliament intended that dangerous NCR patients have no access to absolute discharges. C cannot, therefore, obtain an absolute discharge from the Board. The same is true of C's request for a treatment order. Allowing the Board to prescribe or impose treatment is expressly prohibited by s. 672.55 of the *Criminal Code*. Finally, neither the validity of C's complaint about the location of his room nor, obviously, the propriety of his request for an order prohibiting the mental health centre from housing him near a construction site, have been considered

le législateur a voulu que le tribunal en cause puisse accorder eu égard au cadre législatif établi. Les considérations pertinentes englobent le mandat légal du tribunal et sa fonction.

Dans la présente affaire, C demande à la Commission de lui accorder certaines réparations sur le fondement de la *Charte*. La première question qui se pose est donc celle de savoir si la Commission est un tribunal compétent au sens du par. 24(1), ce qui dépend de son pouvoir de trancher des questions de droit. La Commission est un organisme quasi judiciaire exerçant un grand pouvoir sur des gens vulnérables. Régie par la partie XX.1 du *Code criminel*, elle constitue un tribunal spécialisé d'origine législative possédant un pouvoir de surveillance continu à l'égard du traitement, de l'évaluation, de la détention et de la libération des patients non responsables criminellement : des accusés qui ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. La partie XX.1 du *Code criminel* dispose que toute partie à une audience d'une commission d'examen peut interjeter appel de la décision rendue par celle-ci en invoquant un motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. De plus, le *Code criminel* prévoit que la cour d'appel peut infirmer la décision lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit. Le libellé employé par le législateur permet de conclure que la Commission a le pouvoir de trancher des questions de droit. Partant, et comme le législateur n'a pas soustrait l'application de la *Charte* à sa compétence, la Commission est un tribunal compétent aux fins d'accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.

La question qui se pose ensuite est celle de savoir si les réparations demandées sont conciliables avec le régime législatif de la Commission, ce qui exige d'examiner l'étendue et la nature du mandat et des attributions de celle-ci. Le système des commissions d'examen vise à concilier le « double objectif » de protéger le public face aux délinquants dangereux et de traiter de façon juste et appropriée les patients non responsables criminellement. Étant donné l'obligation de la Commission de protéger le public, son pouvoir légal d'accorder la libération inconditionnelle à ces patients seulement s'ils ne sont pas dangereux et son mandat consistant à évaluer et à traiter ces patients dans la perspective d'une réinsertion, et non d'une récidive, le législateur a clairement voulu empêcher qu'un patient non responsable criminellement, mais dangereux, bénéficie d'une libération inconditionnelle. La Commission ne peut donc pas accorder à C une libération inconditionnelle. Elle ne peut non plus ordonner qu'on lui prodigue un traitement particulier. Permettre à la Commission de prescrire ou d'imposer un traitement est expressément interdit à l'art. 672.55 du *Code criminel*. Enfin,

by the Board. It may well be that the substance of C's complaint can be fully addressed within the Board's statutory mandate and the exercise of its discretion in accordance with *Charter* values. If so, resort to s. 24(1) of the *Charter* may not add to the Board's capacity to either address the substance of C's complaint or provide appropriate redress.

la Commission ne s'est pas prononcée sur la validité de la plainte de C concernant l'emplacement de sa chambre ni, manifestement, sur le bien-fondé de la demande d'ordonnance interdisant au centre de santé mentale de le loger à proximité d'un chantier de construction. Il se peut fort bien qu'il ressortisse au mandat légal de la Commission et à son pouvoir discrétionnaire exercé dans le respect des valeurs de la *Charte* de statuer au fond sur la plainte de C. Si tel est le cas, le recours au par. 24(1) de la *Charte* ne peut accroître le pouvoir de la Commission de statuer au fond sur la plainte de C ou d'accorder la réparation qui convient.

Cases Cited

Considered: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326; **referred to:** *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) v. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, aff'd 2010 BCSC 105 (CanLII); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326; **arrêts mentionnés :** *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) c. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, conf. par 2010 BCSC 105 (CanLII); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Eaton c. Conseil*

3 S.C.R. 624; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), (d), 7, 8, 9, 12, 15(1), 24.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, ss. 672.4(1), 672.38(1), 672.39, 672.54, 672.55, 672.72(1), 672.78(1), 672.81(1), 672.83(1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., October 9, 1991.
 Latimer, Jeff, and Austin Lawrence. *Research Report: The Review Board Systems in Canada: Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study*. Ottawa: Department of Justice Canada, Research and Statistics, January 2006.
 Lokan, Andrew K., and Christopher M. Dassios. *Constitutional Litigation in Canada*. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Armstrong and Lang J.J.A.), 2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335, 293 D.L.R.

scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), d), 7, 8, 9, 12, 15(1), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XX.1, art. 672.4(1), 672.38(1), 672.39, 672.54, 672.55, 672.72(1), 672.78(1), 672.81(1), 672.83(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 9 octobre 1991.
 Latimer, Jeff, et Austin Lawrence. *Rapport de recherche : Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, Recherche et statistique, janvier 2006.
 Lokan, Andrew K., and Christopher M. Dassios. *Constitutional Litigation in Canada*. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Armstrong et Lang), 2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335, 293 D.L.R.

(4th) 729, 235 O.A.C. 341, 231 C.C.C. (3d) 429, 169 C.R.R. (2d) 314, [2008] O.J. No. 1588 (QL), 2008 CarswellOnt 2352, allowing in part an appeal from a decision of the Ontario Review Board. Appeal dismissed.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette, Jessica Orkin and Michael Davies, for the appellant.

Hart M. Schwartz and Amanda Rubaszek, for the respondent Her Majesty the Queen.

Janice E. Blackburn and Ioana Bala, for the respondent the Person in charge of the Centre for Addiction and Mental Health.

Simon Fothergill, for the intervener the Attorney General of Canada.

Stephen J. Moreau and Elichai Shaffir, for the intervener the Ontario Review Board.

Paul Burststein and Anita Szigeti, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Joseph J. Arvay, Q.C., Mark G. Underhill and Alison Latimer, for the intervener the British Columbia Review Board.

Cheryl Milne, for the interveners the Criminal Lawyers' Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

David W. Mossop, Q.C., and Diane Nielsen, for the intervener the Community Legal Assistance Society.

The judgment of the Court was delivered by

[1] **ABELLA J.** — The specific issue in this appeal is the remedial jurisdiction of the Ontario Review Board under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The wider issue is the relationship between the *Charter*, its remedial provisions and administrative tribunals generally.

[2] There are two provisions in the *Charter* dealing with remedies: s. 24(1) and s. 24(2). Section

(4th) 729, 235 O.A.C. 341, 231 C.C.C. (3d) 429, 169 C.R.R. (2d) 314, [2008] O.J. No. 1588 (QL), 2008 CarswellOnt 2352, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision de la Commission ontarienne d'examen. Pourvoi rejeté.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette, Jessica Orkin et Michael Davies, pour l'appelant.

Hart M. Schwartz et Amanda Rubaszek, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Janice E. Blackburn et Ioana Bala, pour l'intimé le Responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale.

Simon Fothergill, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Stephen J. Moreau et Elichai Shaffir, pour l'intervenante la Commission ontarienne d'examen.

Paul Burststein et Anita Szigeti, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Joseph J. Arvay, c.r., Mark G. Underhill et Alison Latimer, pour l'intervenante British Columbia Review Board.

Cheryl Milne, pour les intervenants Criminal Lawyers' Association et David Asper Centre for Constitutional Rights.

David W. Mossop, c.r., et Diane Nielsen, pour l'intervenante Community Legal Assistance Society.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La question précise que soulève le présent pourvoi est celle de la compétence de la Commission ontarienne d'examen pour accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question plus large est celle de l'interaction entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices et les tribunaux administratifs en général.

[2] Deux dispositions de la *Charte* portent sur les mesures réparatrices, à savoir les par. 24(1) et

24(1) states that anyone whose *Charter* rights or freedoms have been infringed or denied may apply to a “court of competent jurisdiction” to obtain a remedy that is “appropriate and just in the circumstances”. Section 24(2) states that in those proceedings, a court can exclude evidence obtained in violation of the *Charter* if its admission would bring the administration of justice into disrepute. A constitutional remedy is also available under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which states that the Constitution is the supreme law of Canada, and that any law inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[3] When the *Charter* was proclaimed in 1982, its relationship with administrative tribunals was a *tabula rasa*. It was not long, however, before various dimensions of the relationship found their way to this Court.

[4] The first relevant wave of cases started in 1986 with *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The philosophical legacy of *Mills* was in its conclusion that for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*, a “court of competent jurisdiction” was a “court” with jurisdiction over the person, the subject matter, and the remedy sought. For the next 25 years, this three-part test served as the grid for determining whether a court or administrative tribunal was a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) of the *Charter* (*Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”); *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) v. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, aff’d 2010 BCSC 105 (CanLII)).

24(2). Le paragraphe 24(1) prévoit que toute personne victime de violation ou de négation des droits ou des libertés que lui garantit la *Charte* peut s’adresser à un « tribunal compétent » pour obtenir une réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Le paragraphe 24(2) dispose que le tribunal peut alors écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* offre lui aussi une réparation constitutionnelle en ce qu’il énonce que la Constitution est la loi suprême du Canada et que les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit sont inopérantes.

[3] Lors de la promulgation de la *Charte* en 1982, son interaction avec les tribunaux administratifs restait à déterminer. Il s’est toutefois écoulé peu de temps avant que notre Cour ne soit appelée à se prononcer sur divers aspects de cette interaction.

[4] La première vague jurisprudentielle s’amorce en 1986 avec l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, dont l’enseignement philosophique réside dans la conclusion voulant que le « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* soit celui qui est compétent à l’égard des parties, de l’objet du litige et de la réparation demandée. Au cours des 25 années qui ont suivi, ce critère à trois volets a servi de grille d’analyse pour déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif était un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* (*Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »); *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) c. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, conf. par 2010 BCSC 105 (CanLII)).

[5] The second wave started in 1989 with *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although *Slaight* did not — and does not — offer any direct guidance on what constitutes a “court of competent jurisdiction”, its legacy was in its conclusion that any exercise of statutory discretion is subject to the *Charter* and its values (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 875; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 53-56; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paras. 38-40; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 22; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383, at paras. 20-24).

[6] The third and final wave started in 1990 with *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, followed in 1991 by *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The legacy of these cases — the *Cuddy Chicks* trilogy — is in their conclusion that specialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257).

[7] The impact of these three jurisprudential waves has been to confine constitutional issues for administrative tribunals to three discrete universes.

[5] L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, a marqué le début de la deuxième vague en 1989. Même s'il ne permettait pas — et ne permet pas — directement de déterminer ce qu'est un « tribunal compétent », l'enseignement correspond à la conclusion de notre Cour selon laquelle tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 875; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53-56; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 38-40; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 22; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383, par. 20-24).

[6] La troisième et dernière vague voit le jour en 1990 avec l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, suivi en 1991 de *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et de *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. L'enseignement transmis par ces arrêts — la trilogie *Cuddy Chicks* — est qu'un tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257).

[7] Ces trois vagues jurisprudentielles ont eu pour effet de confiner les questions constitutionnelles touchant aux tribunaux administratifs dans trois

It seems to me that after 25 years of parallel evolution, it is time to consider whether the universes can appropriately be merged.

Background

[8] Paul Conway is 56 years old. As a child, he was physically and sexually abused by close relatives. During his twenties, Mr. Conway was twice convicted of assault.

[9] In September 1983, at the age of 29, Mr. Conway threatened his aunt at knife point and forced her to have sexual intercourse with him repeatedly over the course of a few hours. On February 27, 1984, Mr. Conway was found not guilty by reason of insanity on a charge of sexual assault with a weapon.

[10] Since the verdict, Mr. Conway has been detained in mental health facilities across Ontario, primarily the Penetanguishene Mental Health Centre's maximum security unit. He has been diagnosed with an unspecified psychotic disorder, a mixed personality disorder with paranoid, borderline and narcissistic features, potential post traumatic stress disorder and potential paraphilia.

[11] In 2005, following Mr. Conway's mandatory annual review hearing before the Ontario Review Board, the Board transferred Mr. Conway from Penetanguishene to Toronto's Centre for Addiction and Mental Health ("CAMH"), a medium security facility. The Board observed that although Mr. Conway was "unconvinced that he suffers from a mental illness" and was "uncured", his treatment required that he have hope of eventually being integrated into the community.

[12] Prior to his annual review hearing in 2006, Mr. Conway sent a Notice of Constitutional Question to the Board, CAMH, and the Attorneys General of Ontario and Canada, alleging breaches of ss. 2(b), 2(d), 7, 8, 9, 12 and 15(1) of the *Charter*. He listed the following grounds as the basis of the

univers distincts. J'estime qu'après 25 ans d'évolution parallèle, il convient d'examiner l'opportunité de réunir convenablement ces univers.

Contexte

[8] M. Paul Conway est âgé de 56 ans. Lorsqu'il était enfant, il a été agressé physiquement et sexuellement par de proches parents. Dans la vingtaine, il a été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises.

[9] En septembre 1983, alors âgé de 29 ans, M. Conway a menacé sa tante à la pointe du couteau et l'a forcée à avoir des relations sexuelles avec lui à maintes reprises pendant quelques heures. Accusé d'agression sexuelle armée, il a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale le 27 février 1984.

[10] Depuis lors, M. Conway a été détenu dans des établissements psychiatriques ontariens, principalement à l'unité à sécurité maximale du Centre de santé mentale de Penetanguishene. On lui a diagnostiqué un trouble psychotique non spécifique, un trouble de la personnalité mixte comportant des traits paranoïaques, limites et narcissiques, ainsi qu'un trouble de stress post-traumatique et une paraphilie possibles.

[11] En 2005, à l'issue de l'audience tenue dans le cadre de l'examen annuel obligatoire, la Commission ontarienne d'examen a ordonné le transfèrement de M. Conway de Penetanguishene au Centre de toxicomanie et de santé mentale (« CTSM ») de Toronto, un établissement à sécurité moyenne. Elle a signalé que M. Conway demeurait [TRADUCTION] « non convaincu de souffrir d'une maladie mentale » et qu'il n'était « pas guéri », mais que son traitement exigeait qu'il puisse espérer réintégrer un jour la société.

[12] En 2006, avant l'audience prévue aux fins de son examen annuel, M. Conway a fait parvenir à la Commission, au CTSM, au procureur général de l'Ontario et au procureur général du Canada, un avis de question constitutionnelle alléguant la violation de ses droits garantis aux al. 2b) et d),

claim that his constitutional rights had been violated and that he was therefore entitled to an absolute discharge under s. 24(1):

Mr. Conway states that there is little regard for the living conditions under which he is detained and that these factors have a negative impact on his mental and physical health. These conditions include:

- a. Construction noise, fumes and dust associated with the renovation of the unit directly below him which affect his peace, tranquillity and convalescence;
- b. Failure to respect his rights, individuality, and expressions of same;
- c. Interruptions by staff of his telephone calls and unnecessary and improper implementation of call restrictions including when he is speaking with legal counsel;
- d. Unfair treatment by staff which manifests in differential treatment towards him compared with other NCR accused individuals detained on the unit; and
- e. Failure to provide for his needs and advocacy for his expressed needs;

. . .

Mr. Conway is currently incarcerated and is subject to infringements on his liberty, safety, dignity and security of his person without due process of the law, including:

- a) environmental pollution;
- b) noise pollution;
- c) arbitrary actions by staff;
- d) threats of attack and attacks by inpatients;
- e) hostility by staff against him;
- f) threats of the use of chemical and mechanical restraints;

aux art. 7, 8, 9 et 12 et au par. 15(1) de la *Charte*. Voici les motifs qu'il invoquait à l'appui de son allégation selon laquelle il y avait eu atteinte à ses droits constitutionnels, en sorte qu'il avait droit à une libération inconditionnelle en application du par. 24(1) :

[TRADUCTION]

M. Conway affirme qu'on ne se soucie guère de ses conditions de détention, ce qui nuit à sa santé mentale et physique. Voici quelles sont ces conditions :

- a. **bruits, émanations et poussière liés à la rénovation** de l'unité située directement au-dessous de la sienne qui nuisent à son calme, à sa tranquillité et à sa convalescence;
- b. non-respect de ses droits, de son individualité et de l'expression de ceux-ci;
- c. interruptions par le personnel de ses communications téléphoniques, notamment avec son avocat, et application de limitations inutiles et inadéquates à cet égard;
- d. traitement injuste se manifestant par une attitude différente du personnel à son endroit par rapport aux autres personnes déclarées non responsables criminellement qui sont détenues dans l'unité;
- e. omission de répondre à ses besoins et de faire valoir ceux qu'il exprime;

. . .

M. Conway est actuellement détenu et soumis à des atteintes à sa liberté, à sa dignité et à la sécurité de sa personne, sans égard à l'application régulière de la loi, entre autres par ce qui suit :

- a) pollution de l'environnement;
- b) pollution par le bruit;
- c) mesures arbitraires du personnel;
- d) menaces d'agression et agressions par d'autres patients;
- e) hostilité du personnel à son endroit;
- f) menaces de recours à la contention chimique et mécanique;

- | | |
|--|---|
| <p>g) failure to provide emotional counselling for the abuse suffered by Mr. Conway as a child (including emotional, physical, sexual and domestic abuse) which is the real source of Mr. Conway's mental health problems and emotional distress;</p> <p>h) failure to provide an environment which allows him to feel safe on a daily basis;</p> <p>i) failure to provide an environment where the Rule of Law prevails;</p> <p>j) failure to provide an environment where Mr. Conway is afforded procedural fairness in respect of any restriction of his liberties;</p> <p>k) failure to provide an environment which is free of racism;</p> <p>l) failure to provide [an] environment which is cross-culturally sensitive; and</p> <p>m) such other and further infringements and violations as counsel may advise and the Board may permit;</p> | <p>g) refus d'une aide psychologique pour les mauvais traitements dont il a été victime enfant (dont violence psychologique et physique, agressions sexuelles et violence familiale) qui sont la cause véritable de ses problèmes de santé mentale et de ses troubles affectifs;</p> <p>h) omission de lui offrir un environnement où il se sente chaque jour en sécurité;</p> <p>i) omission d'offrir un milieu où s'applique la règle de droit;</p> <p>j) omission de faire en sorte qu'il bénéficie de l'équité procédurale pour toute restriction de sa liberté;</p> <p>k) omission d'offrir un environnement exempt de racisme;</p> <p>l) omission d'offrir un environnement sensibilisé à la transculturalité;</p> <p>m) autre atteinte relevée par l'avocat et dont la mise en preuve est autorisée par la commission;</p> |
|--|---|

These violations on Mr. Conway's rights have affected Mr. Conway such that he no longer can benefit therapeutically from the environment.

Ces violations de ses droits ont atteint M. Conway au point où il ne peut plus bénéficier de l'environnement sur le plan thérapeutique.

[13] After an eight-day hearing, the five-member panel of the Ontario Review Board unanimously concluded that Mr. Conway was "an egocentric, impulsive bully with a poor to absent ability to control his own behaviour", had continued paranoid and delusional ideation, and had a persistent habit of threatening and intimidating others, high actuarial scores for violent recidivism and an untreated clinical condition.

[13] Après huit jours d'audience, un comité de cinq membres de la Commission ontarienne d'examen a conclu à l'unanimité que M. Conway était [TRADUCTION] « une brute égocentrique et impulsive dont la maîtrise de soi était faible, voire inexistante », qu'il était constamment en proie à des idées paranoïaques et délirantes, qu'il demeurait enclin à menacer et à intimider autrui, qu'il présentait un risque élevé de récidive violente et qu'il souffrait d'un état clinique non traité.

[14] He was consequently found to be a threat to public safety, who would, if released, quickly return to police and hospital custody. This made him an unsuitable candidate for an absolute discharge under the statute, which states that an absolute discharge is unavailable to any patient who is a "significant threat to the safety of the public" (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54). Accordingly, Mr. Conway was ordered to remain at CAMH. The Board suggested, but did not formally order, that CAMH establish a "renewed treating team" for Mr. Conway, enrol him in anger management and

[14] Il a donc été conclu que M. Conway représentait un risque pour la sécurité du public et que, s'il était libéré, il se retrouverait rapidement sous garde policière, puis à l'hôpital. Il n'était donc pas admissible à la libération inconditionnelle, la loi l'écartant dans le cas d'un patient qui représente « un risque important pour la sécurité du public » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54). La Commission a donc ordonné que M. Conway demeure détenu au CTSM. Elle a recommandé, sans l'ordonner formellement, que le CTSM charge une nouvelle équipe du traitement de

sexual assault prevention programs, and investigate whether he had sustained brain damage in a car accident more than 30 years ago.

[15] As for Mr. Conway's application for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, the Board concluded that it had no *Charter* jurisdiction in light of its statutory structure and function, its own past rulings, and those of other Canadian review boards denying s. 24(1) jurisdiction. It therefore had no jurisdiction to consider Mr. Conway's *Charter* claims.

[16] Mr. Conway appealed to the Ontario Court of Appeal, which unanimously found that an absolute discharge was not an available remedy for Mr. Conway under s. 24(1) (2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335). Armstrong J.A. for the majority concluded that the Board lacked jurisdiction to grant an absolute discharge as a *Charter* remedy because granting such a remedy to a patient who, like Mr. Conway, was a significant threat to the public, would frustrate Parliamentary intent. The Board was therefore not a court of competent jurisdiction pursuant to the test set out in *Mills* since it lacked jurisdiction over the particular remedy sought. Lang J.A. agreed that an absolute discharge was unavailable to Mr. Conway, but she was of the view that the Board was competent to make other orders that would be appropriate remedies for a breach of a patient's *Charter* rights.

[17] Notably, the Court of Appeal also unanimously concluded that it was unreasonable for the Board not to make a formal order setting out conditions addressing the treatment impasse plaguing Mr. Conway's detention. This issue was remitted back to the Board.

M. Conway, qu'il l'inscrive à des programmes de maîtrise de la colère et de prévention de l'agression sexuelle et qu'il détermine si M. Conway avait subi des lésions cérébrales lors d'un accident de la route survenu plus de 30 ans auparavant.

[15] En ce qui concerne la demande de réparation de M. Conway fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, la Commission a conclu, étant donné sa structure et sa fonction légales, ses décisions antérieures et celles d'autres commissions d'examen au Canada écartant toute compétence découlant du par. 24(1), qu'elle était dépourvue du pouvoir de statuer sur le fondement de la *Charte*. Elle ne pouvait donc pas examiner les demandes de M. Conway prenant appui sur la *Charte*.

[16] M. Conway a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a conclu à l'unanimité qu'une libération inconditionnelle n'était pas une réparation susceptible de lui être accordée par application du par. 24(1) (2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335). Au nom des juges majoritaires, le juge Armstrong a conclu que la Commission n'avait pas compétence pour accorder une libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur la *Charte*, car dans le cas d'un patient qui représente un risque important pour la sécurité du public, comme M. Conway, une telle mesure irait à l'encontre de l'intention du législateur. La Commission n'était donc pas un tribunal compétent suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Mills*, car elle n'avait pas compétence à l'égard de la réparation demandée. La juge Lang a convenu que M. Conway ne pouvait bénéficier d'une libération inconditionnelle, mais elle a estimé que la Commission pouvait rendre d'autres ordonnances qui constitueraient des réparations convenables en cas de violation des droits du patient issus de la *Charte*.

[17] Signalons que la Cour d'appel a aussi unanimement conclu que la Commission s'était déraisonnablement abstenue de rendre une ordonnance énonçant des modalités précises pour mettre fin à l'impasse thérapeutique dans laquelle se trouvait M. Conway. La question a été renvoyée à la Commission.

[18] This Court, in order to decide whether Mr. Conway is entitled to the *Charter* remedies he is seeking, must first determine whether the Ontario Review Board is a court of competent jurisdiction which can grant *Charter* remedies under s. 24(1). In accordance with the new approach developed in these reasons, I am of the view that it is. On the other hand, I am not persuaded that Mr. Conway is entitled to the particular *Charter* remedies he seeks and would therefore dismiss the appeal.

Analysis

[19] Section 24(1) states:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[20] We do not have one *Charter* for the courts and another for administrative tribunals (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, *per* McLachlin J. (in dissent), at para. 70; *Dunedin*; *Douglas College*; *Martin*). This truism is reflected in this Court's recognition that the principles governing remedial jurisdiction under the *Charter* apply to both courts *and* administrative tribunals. It is also reflected in the jurisprudence flowing from *Mills* and the *Cuddy Chicks* trilogy according to which, with rare exceptions, administrative tribunals with the authority to apply the law have the jurisdiction to apply the *Charter* to the issues that arise in the proper exercise of their statutory functions.

[21] The jurisprudential evolution has resulted in this Court's acceptance not only of the proposition that expert tribunals should play a primary role in the determination of *Charter* issues falling within their specialized jurisdiction, but also that in exercising their statutory discretion, they must comply with the *Charter*.

[22] All of these developments serve to cement the direct relationship between the *Charter*, its

[18] Notre Cour doit, afin de décider si M. Conway a droit aux réparations qu'il demande sur le fondement de la *Charte*, déterminer au préalable si la Commission ontarienne d'examen est un tribunal compétent pour l'octroi de réparations en application du par. 24(1). Conformément à la nouvelle démarche établie dans les présents motifs, j'estime que c'est le cas. Par contre, je ne suis pas convaincue que M. Conway a droit aux réparations précises sollicitées en application de la *Charte* et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[19] Le paragraphe 24(1) dispose :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[20] Il n'y a pas une *Charte* pour les cours de justice et une autre pour les tribunaux administratifs (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, la juge McLachlin (dissidente), par. 70; *Dunedin*; *Douglas College*; *Martin*). Cette évidence trouve écho dans la reconnaissance par notre Cour de l'assujettissement des cours de justice *et* des tribunaux administratifs aux principes qui régissent le pouvoir de réparation conféré par la *Charte*. Elle se retrouve également dans la jurisprudence issue de l'arrêt *Mills* et de la trilogie *Cuddy Chicks* et selon laquelle, sauf rares exceptions, le tribunal administratif investi du pouvoir d'appliquer la loi a compétence pour appliquer la *Charte* aux questions soulevées dans le cadre de l'exercice approprié de ses attributions légales.

[21] L'évolution de la jurisprudence a incité notre Cour à reconnaître que les tribunaux spécialisés devaient non seulement jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la *Charte* et relevant de leur compétence particulière, mais également se conformer à la *Charte* dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

[22] Tous ces éléments consolident le lien direct existant entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices

remedial provisions and administrative tribunals. In light of this evolution, it seems to me to be no longer helpful to limit the inquiry to whether a court or tribunal is a court of competent jurisdiction only for the purposes of a particular remedy. The question instead should be institutional: Does this particular tribunal have the jurisdiction to grant *Charter* remedies generally? The result of this question will flow from whether the tribunal has the power to decide questions of law. If it does, and if *Charter* jurisdiction has not been excluded by statute, the tribunal will have the jurisdiction to grant *Charter* remedies in relation to *Charter* issues arising in the course of carrying out its statutory mandate (*Cuddy Chicks* trilogy; *Martin*). A tribunal which has the jurisdiction to grant *Charter* remedies is a court of competent jurisdiction. The tribunal must then decide, given this jurisdiction, whether it can grant the particular remedy sought based on its statutory mandate. The answer to this question will depend on legislative intent, as discerned from the tribunal's statutory mandate (the *Mills* cases).

[23] This approach has the benefit of attributing *Charter* jurisdiction to the tribunal as an institution, rather than requiring litigants to test, remedy by remedy, whether it is a court of competent jurisdiction. It is also an approach which emerges from a review of the three distinct constitutional streams flowing from this Court's jurisprudence. As the following review shows, this Court has gradually expanded the approach to the scope of the *Charter* and its relationship with administrative tribunals. These reasons are an attempt to consolidate the results of that expansion.

The Mills Cases

[24] In *Mills*, it was decided that relief is available under s. 24(1) of the *Charter* if the "court" from which relief is sought has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought. Since 1986, the *Mills* test has been consistently applied to determine whether courts and tribunals acting under specific statutory schemes are courts

et les tribunaux administratifs. Partant, il ne me paraît plus utile que l'analyse vise uniquement à déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif est un « tribunal compétent » seulement pour les besoins d'une réparation donnée. La question devrait plutôt être examinée sous l'angle institutionnel : le tribunal en cause a-t-il le pouvoir général d'accorder une réparation fondée sur la *Charte*? La réponse tient à ce que le tribunal peut ou non trancher une question de droit. Dans l'affirmative, si sa compétence liée à la *Charte* n'est pas écartée par une loi, il a compétence pour accorder réparation sur le fondement de la *Charte* relativement à une question s'y rapportant soulevée dans le cadre de l'exécution de son mandat légal (trilogie *Cuddy Chicks*; *Martin*). Le tribunal doté du pouvoir d'accorder réparation sur le fondement de la *Charte* est un tribunal compétent. Dès lors, il décide s'il peut accorder la réparation demandée au regard de son mandat légal, et l'intention du législateur qui se dégage de ses attributions légales est déterminante à cet égard (arrêt *Mills* et ceux rendus dans sa foulée).

[23] Cette démarche présente l'avantage de reconnaître la compétence que confère la *Charte* au tribunal administratif en tant qu'institution au lieu d'exiger que les parties fassent déterminer à chaque fois s'il est un « tribunal compétent » pour accorder une réparation donnée. Elle découle également des trois courants distincts qui ressortent de la jurisprudence de notre Cour en matière constitutionnelle. Comme il appert de l'examen qui suit, notre Cour a progressivement interprété plus libéralement la portée de la *Charte* et son interaction avec les tribunaux administratifs. Les présents motifs visent à assembler les résultats de cet élargissement.

L'arrêt Mills et ceux rendus dans sa foulée

[24] Dans l'arrêt *Mills*, notre Cour conclut qu'une réparation peut être accordée sous le régime du par. 24(1) de la *Charte* si le « tribunal » saisi est compétent à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. Depuis 1986, ce critère est toujours appliqué pour déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif assujéti à des

of competent jurisdiction to grant particular remedies under s. 24(1).

[25] The early cases considered the remedial jurisdiction of statutory and superior courts. In *Mills* and *Carter*, this Court held that a provincial court judge sitting as a preliminary inquiry court was not a court of competent jurisdiction for the purpose of ordering a stay of proceedings for an alleged s. 11(b) violation. The following year, this Court concluded that extradition judges had the same institutional features as preliminary inquiry judges, and could therefore not order a stay in the event of a *Charter* breach (*Mellino*; *Allard*). Further, in *Mellino*, the Court observed that since extradition proceedings were reviewable by superior courts by way of *habeas corpus*, those superior courts were the courts of competent jurisdiction to grant a stay under s. 24(1), not the extradition judge.

[26] In 1988, in *Gamble*, the Court held that a superior court in the province where an individual is in custody is a court of competent jurisdiction to hear an application for *habeas corpus*, stating:

Where the courts of Ontario have jurisdiction over the subject matter and the person, it seems to me that they may, under the broad provisions of s. 24(1) of the *Charter*, grant such relief as it is within their jurisdiction to grant and as they consider appropriate and just in the circumstances. [p. 631]

[27] In 1995, in *Weber*, the Court expanded the scope of the *Mills* inquiry to cover administrative tribunals. The issue was whether a labour arbitrator appointed under the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, was a court of competent jurisdiction for the purpose of granting damages and a declaration under s. 24(1) in relation to disputes which in their essential character arose out of the collective agreement between the parties. Weber had sought relief for what he alleged were breaches of ss. 7 and 8 of the *Charter* committed by his employer, Ontario Hydro, who had gathered surveillance evidence about him during his extended sick leave.

dispositions législatives particulières est un tribunal compétent pour accorder certaines réparations suivant le par. 24(1).

[25] Les premiers arrêts portent sur le pouvoir de réparation des cours supérieures et des tribunaux d'origine législative. Dans les arrêts *Mills* et *Carter*, notre Cour statue qu'un juge d'une cour provinciale présidant une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour ordonner l'arrêt des procédures lorsque la violation du droit garanti à l'al. 11(b) est alléguée. L'année suivante, elle conclut qu'un juge d'extradition présente les mêmes caractéristiques institutionnelles qu'un juge présidant une enquête préliminaire et qu'il ne peut donc pas ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'atteinte à un droit constitutionnel (*Mellino* et *Allard*). De plus, dans l'arrêt *Mellino*, étant donné que la procédure d'extradition peut être contrôlée par voie d'*habeas corpus* par une cour supérieure, notre Cour fait remarquer que c'est cette dernière, et non le juge d'extradition, qui constitue le tribunal compétent pour ordonner l'arrêt des procédures en application du par. 24(1).

[26] En 1988, dans l'arrêt *Gamble*, notre Cour statue que la cour supérieure de la province où est détenue une personne est un tribunal compétent pour entendre une demande d'*habeas corpus* :

Lorsque les tribunaux de l'Ontario ont compétence *ratione materiae* et *ratione personae*, il me semble qu'ils peuvent, en vertu des dispositions générales du par. 24(1) de la *Charte*, accorder toute réparation qui relève de leur compétence et qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances. [p. 631]

[27] En 1995, dans l'arrêt *Weber*, notre Cour étend l'application du critère de l'arrêt *Mills* aux tribunaux administratifs. La question qui se posait alors était celle de savoir si un arbitre du travail nommé en vertu de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. L.2, était un tribunal compétent pour accorder des dommages-intérêts et rendre un jugement déclaratoire en application du par. 24(1) relativement à un différend qui découlait dans son essence de la convention collective liant les parties. M. Weber avait demandé réparation pour la violation alléguée de ses droits garantis aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Son employeur, Ontario

The Court had to determine whether Weber was required to raise his *Charter* claims before a labour arbitrator or before the superior court.

[28] For the majority, McLachlin J. rejected an approach that would bifurcate the proceedings between the arbitrator and the courts. In her view, the “essential character” of Weber’s claim was unfair treatment by the employer. The collective agreement expressly stated that the grievance procedure applied to “[a]ny allegation that an employee has been subjected to unfair treatment”. Weber’s *Charter* claims were therefore found to be within the arbitrator’s exclusive jurisdiction:

[W]hile the informal processes of such tribunals might not be entirely suited to dealing with constitutional issues, clear advantages to the practice exist. Citizens are permitted to assert their *Charter* rights in a prompt, inexpensive, informal way. The parties are not required to duplicate submissions on the case in two different fora, for determination of two different legal issues. A specialized tribunal can quickly sift the facts and compile a record for the reviewing court. And the specialized competence of the tribunal may provide assistance to the reviewing court.

. . . .

. . . it is not the name of the tribunal that determines the matter, but its powers. . . . The practical import of fitting *Charter* remedies into the existing system of tribunals, as McIntyre J. notes [in *Mills*], is that litigants have “direct” access to *Charter* remedies in the tribunal charged with deciding their case. [paras. 60 and 65]

[29] Foreshadowing the debate that is before us in this case, Iacobucci J. in dissent, expressed the view that the arbitrator was neither a “court” nor of “competent jurisdiction” for the purpose of granting *Charter* remedies under s. 24(1). In his view, Weber was entitled to seek labour remedies from the arbitrator, but not those under the *Charter*.

Hydro, avait recueilli des éléments de preuve en le soumettant à une surveillance pendant son congé de maladie prolongé. Notre Cour était appelée à déterminer si les allégations de M. Weber fondées sur la *Charte* ressortissaient à l’arbitre du travail ou à la cour supérieure.

[28] Au nom des juges majoritaires, la juge McLachlin rejette l’approche qui fractionnerait l’instance entre l’arbitre et la cour de justice. Selon elle, l’allégation de traitement injuste de la part de l’employeur constitue l’« essence » de la demande de M. Weber. La convention collective prévoyait expressément que la procédure de grief s’appliquait à [TRADUCTION] « [t]oute allégation portant qu’un employé a subi un traitement injuste ». Notre Cour conclut donc que les demandes de M. Weber fondées sur la *Charte* relevaient de la compétence exclusive de l’arbitre :

[S]i la procédure informelle de ces tribunaux peut ne pas convenir tout à fait aux questions constitutionnelles, elle offre toutefois de nets avantages. Ainsi, les citoyens sont autorisés à faire valoir les droits qui leur sont garantis par la *Charte* de façon rapide, peu coûteuse et informelle. Les parties ne sont pas obligées de présenter deux requêtes à deux juridictions différentes pour que soient tranchées deux questions juridiques distinctes. Un tribunal spécialisé peut rapidement passer les faits au crible et dresser un dossier pour le tribunal d’appel. Et l’expertise du tribunal peut être utile au tribunal d’appel.

. . . .

. . . ce n’est pas le nom qu’il porte qui tranche la question, mais bien les pouvoirs qu’il possède. [. . .] En pratique, le fait d’insérer les réparations fondées sur la *Charte* dans le système existant de tribunaux administratifs, ainsi que le juge McIntyre l’a souligné [dans l’arrêt *Mills*], a pour effet d’accorder aux plaideurs un accès « direct » aux réparations prévues par la *Charte* auprès du tribunal chargé de résoudre leur cas. [par. 60 et 65]

[29] Laissant présager le litige dont nous sommes saisis en l’espèce, le juge Iacobucci, dissident, opine que l’arbitre n’est ni un « tribunal », ni un tribunal « compétent » aux fins de l’octroi de réparations sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Selon lui, M. Weber pouvait obtenir de l’arbitre des mesures de réparation en droit du travail, mais non sur le fondement de la *Charte*.

[30] The *Weber* “exclusive jurisdiction model” enunciated by McLachlin J., which directed that an administrative tribunal should decide *all* matters whose essential character falls within the tribunal’s specialized statutory jurisdiction, is now a well-established principle of administrative law (*Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Quebec (Human Rights Tribunal)*; *Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146; *Okwuobi*; Andrew K. Lokan and Christopher M. Dassios, *Constitutional Litigation in Canada* (2006), at p. 4-15).

[31] The next year, this Court decided *Mooring*. The issue was whether the National Parole Board was a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Sopinka J., writing for the majority, considered only the third step of the *Mills* test since he found it to be determinative. In his view, it followed from the Parole Board’s structure and function, as well as the language of its enabling statute, that the Board could not exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, the Board was not bound by the traditional rules of evidence and was obliged to consider all available, relevant information when rendering its decisions. The ability to exclude evidence would have been, in Sopinka J.’s view, inconsistent with the intent and specific provisions of the Parole Board’s statutory scheme. Since the *Mills* test was ultimately a means of discerning Parliamentary intent, this inconsistency precluded the Board from being a court of competent jurisdiction for the purpose of granting the particular remedy sought. Sopinka J. concluded instead that the Parole Board’s “duty of fairness” obligations offered sufficient protection to those appearing before the Board.

[30] Le « modèle de la compétence exclusive » mis de l’avant par la juge McLachlin dans cet arrêt — à savoir qu’un tribunal administratif doit trancher *toutes* les questions qui, dans leur essence, relèvent de sa compétence particulière légalement reconnue —, constitue désormais un principe bien établi en droit administratif (*Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Québec (Tribunal des droits de la personne)*; *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146; *Okwuobi*; Andrew K. Lokan et Christopher M. Dassios, *Constitutional Litigation in Canada* (2006), p. 4-15).

[31] L’année suivante, notre Cour statuait dans l’affaire *Mooring*. Elle devait déterminer si la Commission nationale des libérations conditionnelles était un tribunal compétent aux fins d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Auteur des motifs majoritaires, le juge Sopinka s’en tient au troisième volet du critère de l’arrêt *Mills*, qui lui paraît décisif. Selon lui, la structure et la fonction de la commission, ainsi que le libellé de sa loi habilitante, indiquaient qu’elle ne pouvait écarter des éléments de preuve sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*. Suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, la commission n’était pas tenue d’appliquer les règles de preuve classiques, mais ses décisions devaient tenir compte de toute l’information pertinente disponible. Pour le juge Sopinka, le pouvoir d’écarter des éléments de preuve était incompatible avec l’intention du législateur et les dispositions expresses du régime législatif applicable à la commission. Comme le critère de l’arrêt *Mills* permettait en définitive de cerner l’intention du législateur, l’incompatibilité faisait en sorte que la commission ne pouvait être un tribunal compétent pour accorder la réparation demandée. Le juge Sopinka conclut plutôt que l’obligation de la commission d’« agir équitablement » offrait une protection suffisante aux personnes se présentant devant elle.

[32] Major J. (McLachlin J. concurring), in a vigorous dissent, criticized the majority's implicit resurrection of the idea, rejected in *Weber*, that only courts could be "courts of competent jurisdiction" for the purpose of s. 24(1). Major J. was of the view that the policy considerations animating the Court's reasoning under s. 52 in the *Cuddy Chicks* trilogy applied equally in cases arising under s. 24(1). He felt that "[o]f primary importance is the ability of the citizen to rely upon and assert *Charter* rights in a direct manner in the normal procedural context in which the issue arises" (para. 61). As he explained:

There is no reason in principle why any of the practical advantages enunciated by La Forest J. in the trilogy should apply with any less force to a tribunal granting a remedy under s. 24 than to a tribunal declining to enforce a constitutionally invalid statutory provision. If anything, tailoring a specific *Charter* remedy for a specific applicant before a tribunal is more suited to a tribunal's special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal's area of expertise. It has less serious ramifications than determining that a statutory provision will not be applied on *Charter* grounds. [para. 64]

[33] Turning to the *Mills* test, Major J. concluded that the only real question before the Court was whether the Parole Board was a court of competent jurisdiction for the purpose of awarding the specific remedy sought by the applicant, namely the exclusion of evidence. While the Parole Board was not bound by formal rules of evidence, it was nonetheless obliged to exclude information that was irrelevant, unreliable or inaccurate. Accordingly, the Board had the jurisdiction to exclude evidence and it therefore met the third *Mills* criterion. Major J. expressly disagreed with Sopinka J.'s conclusion that the doctrine of procedural fairness provided sufficient protection of constitutional rights in the context of the Board's proceedings.

[34] More recently, the Court has had two further opportunities to consider the *Mills* test. In *Dunedin*,

[32] Dans une dissidence bien sentie, le juge Major (avec l'appui de la juge McLachlin) reproche aux juges majoritaires de réhabiliter l'idée, rejetée dans l'arrêt *Weber*, que seule une cour de justice peut être un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1). À son avis, les considérations de principe qui sous-tendent le raisonnement fondé sur l'art. 52 dans les arrêts de la trilogie *Cuddy Chicks* s'appliquent tout autant lorsque le par. 24(1) est en cause : « La capacité du citoyen d'invoquer les droits garantis par la *Charte* et de les faire reconnaître de façon directe, dans le cadre procédural normal ayant suscité la question, constitue alors un facteur déterminant » (par. 61). Il explique plus loin :

Aucune raison de principe ne justifie que les avantages pratiques énumérés par le juge La Forest dans la trilogie aient moins de force lorsqu'un tribunal administratif accorde une réparation sous le régime de l'art. 24 que lorsqu'il refuse de donner effet à une disposition législative inconstitutionnelle. Leur fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position pour décider de la réparation qu'il convient d'accorder à un demandeur donné. Ce type de décision a des ramifications moins importantes que le refus d'appliquer une disposition législative pour un motif fondé sur la *Charte*. [par. 64]

[33] Passant ensuite au critère de l'arrêt *Mills*, le juge Major conclut que la seule véritable question dont est saisie la Cour est celle de savoir si la commission était un tribunal compétent pour faire droit à la demande et écarter les éléments de preuve. Certes, la commission n'était pas tenue d'appliquer des règles de preuve strictes, mais il n'en demeurerait pas moins qu'elle devait écarter les renseignements qui n'étaient pas pertinents, sûrs ou exacts. Elle avait donc le pouvoir d'écarter des éléments de preuve et elle satisfaisait en conséquence au troisième volet du critère de l'arrêt *Mills*. Le juge Major se dissocie clairement de la conclusion du juge Sopinka selon laquelle la théorie de l'équité procédurale protégeait suffisamment les droits constitutionnels dans le contexte d'une instance devant la commission.

[34] Plus récemment, notre Cour a eu deux autres occasions de se pencher sur le critère de l'arrêt *Mills*.

the issue was whether a provincial court judge with jurisdiction under Ontario's *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, was a court of competent jurisdiction for the purpose of ordering costs against the Crown for failure to comply with the *Charter*. McLachlin C.J., writing for a unanimous Court, again confirmed that applying the *Mills* test is, first and foremost, a matter of discerning legislative intent. The question in each case is whether the legislature intended to give the court or tribunal the power to apply the *Charter*:

[W]here a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*. [para. 75]

[35] This approach “promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief” (para. 75). Applying it to the issue before her, McLachlin C.J. concluded that both the structure and function of the provincial offences court supported the view that it could and should apply the *Charter*. Looking first to function, McLachlin C.J. concluded that the provincial offences court’s role as a quasi-criminal court of first instance weighed strongly in favour of expansive remedial jurisdiction under s. 24 of the *Charter*. Such jurisdiction would promote the resolution of *Charter* issues in the forum best situated to resolve them:

Provincial offences courts, like other criminal trial courts, are the preferred forum for issuing *Charter* remedies in the cases originating before them, where they will have the “fullest account of the facts available” This role commends a full complement of criminal law remedies at the disposal of provincial offences courts. This broad remedial jurisdiction is necessary to prevent frequent resort to superior courts to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just. [para. 79]

Dans l'affaire *Dunedin*, il s'agissait de savoir si un juge d'une cour provinciale tirant sa compétence de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, était un tribunal compétent pour condamner la Couronne aux dépens par suite du non-respect de la *Charte*. Dans un jugement unanime, la juge en chef McLachlin confirme encore une fois que le critère de l'arrêt *Mills* s'attache d'abord et avant tout à cerner l'intention du législateur. Il faut déterminer chaque fois si ce dernier a voulu conférer à la cour de justice ou au tribunal administratif le pouvoir d'appliquer la *Charte* :

[L]orsqu'un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l'amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l'absence d'intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*. [par. 75]

[35] Cette approche « favorise l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder » (par. 75). La juge en chef McLachlin l'applique pour conclure qu'en raison de sa fonction et de sa structure, le tribunal des infractions provinciales pouvait et devait faire respecter la *Charte*. Se penchant d'abord sur la fonction exercée, elle conclut que le rôle du tribunal des infractions provinciales à titre de juridiction quasi criminelle de première instance milite fortement en faveur d'un pouvoir étendu d'accorder réparation sur le fondement de l'art. 24 de la *Charte*. Un tel pouvoir permet à la juridiction la mieux placée pour le faire de régler toutes les questions liées à la *Charte* :

À l'instar des autres juridictions de jugement, le tribunal des infractions provinciales constitue la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, puisqu'il dispose alors de « l'exposé le plus complet possible des faits » [. . .] Cette vaste compétence réparatrice est nécessaire afin d'empêcher que l'on s'adresse trop fréquemment aux cours supérieures pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et afin de garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste. [par. 79]

[36] McLachlin C.J. also sought, as she had in *Weber*, to avoid the unnecessary bifurcation of avenues of relief:

[F]racturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. It may be unrealistic to expect criminal accused, who often rely on legal aid to mount a defence against the state, to bring a separate action in the provincial superior court to recover the costs arising from the breach of their *Charter* rights. This option, while available in theory, may far too often prove illusory in practice. [para. 82]

[37] McLachlin C.J. then considered the structure of the provincial offences court. She concluded that since criminal and quasi-criminal proceedings are structurally indistinguishable, the criminal courts' jurisdiction to grant costs in the event of a *Charter* breach extends to the quasi-criminal courts. The *Provincial Offences Act* disclosed no contrary intention. McLachlin C.J. ultimately concluded that since the legislature gave the provincial offences court functions destined to attract *Charter* issues and *Charter* remedies, the legislature must have intended that it be able to deal with related *Charter* issues.

[38] In the companion case of *Hynes*, the issue was whether a preliminary inquiry court was a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Again, only the third step of the *Mills* test was considered, and again the tension on display in *Weber* and *Mooring* was exhibited. McLachlin C.J., for the majority, reiterated the principles set out in *Dunedin* and explained that in all cases the question is

whether Parliament or the legislature intended to empower the court or tribunal to make rulings on

[36] Comme dans l'arrêt *Weber*, la juge en chef McLachlin se soucie également de faire en sorte que les recours ne soient pas fractionnés inutilement :

[D]iviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que l'accusé — qui est souvent tributaire de l'aide juridique pour se défendre contre l'État — intente une action distincte devant la cour supérieure de la province pour être indemnisé des frais découlant de la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Quoiqu'elle existe en théorie, cette solution risque trop souvent de s'avérer illusoire en pratique. [par. 82]

[37] La juge en chef McLachlin examine ensuite la structure du tribunal des infractions provinciales, et comme on ne peut distinguer structurellement une procédure criminelle d'une procédure quasi criminelle, elle conclut qu'une cour de juridiction quasi criminelle jouit tout autant qu'une cour de juridiction criminelle du pouvoir d'accorder des dépens en cas de non-respect de la *Charte*. Le législateur n'exprime pas l'intention contraire dans la *Loi sur les infractions provinciales*. La juge en chef McLachlin conclut en fin de compte que dans la mesure où il a confié au tribunal des infractions provinciales des fonctions qui ne manquent pas de soulever des questions liées à la *Charte* et à son régime de réparation, le législateur a certainement voulu que le tribunal puisse se prononcer sur ces questions.

[38] Dans l'arrêt connexe *Hynes*, la question qui se posait était celle de savoir si le juge président une enquête préliminaire était un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Là encore, notre Cour s'en tient à l'examen du troisième volet du critère de l'arrêt *Mills*, et la tension observée dans les affaires *Weber* et *Mooring* se manifeste à nouveau. Au nom des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin rappelle les principes énoncés dans l'arrêt *Dunedin* et explique qu'il faut dans tous les cas

se demander si le Parlement ou la législature entendait habiliter le tribunal en question à statuer sur les

Charter violations that arise incidentally to their proceedings, and to grant the remedy sought as a remedy for such violations. [para. 26]

She went on to conclude that a preliminary inquiry court was not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). A preliminary inquiry's primary function was, in her view, to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. Empowering a preliminary inquiry judge to exclude evidence under the *Charter* would jeopardize the inquiry's expeditious nature. The criminal trial courts were better suited to the task of determining whether to exclude evidence.

[39] Major J., writing in dissent for four judges, agreed that only the third step of the *Mills* test was at issue but disagreed with the majority as to the result. He noted that preliminary inquiry judges were authorized to exclude evidence under the common law confessions rule. It was not, therefore, supportable by "logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes, but not for *Charter* purposes, when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed with all the facts. Parliament could not have intended such waste" (para. 96). Accordingly, in his view, a preliminary inquiry judge was competent to exclude evidence under s. 24(2).

[40] This review of *Mills*' progeny gives rise to three observations. First, this Court has accepted that the *Mills* test applies to courts as well as to administrative tribunals. Second, although *Mills* set out a three-pronged definition of "court of competent jurisdiction", the first two steps have almost never been relied on. Twenty-five years later, "jurisdiction over the parties" and "jurisdiction over the subject matter" remain undefined for the purposes of the test. The inquiry has almost always turned on whether the court or tribunal had jurisdiction to award the *particular* remedy sought under s. 24(1).

violations de la *Charte* qui surviennent dans le cours des procédures se déroulant devant cet organisme, et à accorder la réparation demandée pour ces violations. [par. 26]

Elle conclut ensuite que le juge présidant l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Selon elle, la fonction principale de l'enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès de l'accusé. Conférer au juge présidant l'enquête préliminaire le pouvoir d'écarter des éléments de preuve sur le fondement de la *Charte* nuirait au caractère expéditif de l'instance. Une cour de juridiction criminelle est plus à même de déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve.

[39] Auteur des motifs des quatre juges dissidents, le juge Major convient que seul le troisième volet du critère de l'arrêt *Mills* est en jeu, mais il se dissocie des juges majoritaires quant au résultat de son application. Il relève que la règle des confessions de la common law autorise le juge présidant l'enquête préliminaire à écarter un élément de preuve. Dès lors, « [n]i la logique ni l'efficacité ne sauraient justifier qu'on autorise le juge présidant une enquête préliminaire à statuer sur l'admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu'on reconnaît qu'il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage » (par. 96). Il conclut donc que le juge présidant l'enquête préliminaire a le pouvoir d'écarter des éléments de preuve sur le fondement du par. 24(2).

[40] L'analyse qui précède de l'arrêt *Mills* et de ceux rendus dans sa foulée appelle trois observations. Premièrement, notre Cour reconnaît que le critère de l'arrêt *Mills* s'applique tant aux cours de justice qu'aux tribunaux administratifs. Deuxièmement, bien que la définition d'un « tribunal compétent » qui s'en dégage comporte trois volets, les deux premiers ne sont presque jamais invoqués. Vingt-cinq ans plus tard, les notions de « compétence à l'égard des parties » et de « compétence à l'égard de l'objet du litige » ne sont toujours pas circonscrites pour les besoins du critère.

In other words, the inquiry is less into whether the adjudicative body is institutionally a court of competent jurisdiction, and more into whether it is a court of competent jurisdiction *for the purposes of granting a particular remedy*. Third, while there appears to be agreement that s. 24(1) jurisdiction is a function of legislative intent, the authoritative comments of the majorities in *Weber* and *Dunedin*, eschewing bifurcated proceedings and heralding early and accessible adjudication of *Charter* applications, may have been slightly unmoored by the majority in *Mooring*.

The Slaight Cases

[41] The cases flowing from *Slaight*, while of no direct assistance on what constitutes a court of competent jurisdiction, are of interest as they too show how the Court increasingly came to expand the application of the *Charter* in the administrative sphere. In 1989, *Slaight* established that any exercise of statutory discretion must comply with the *Charter* and its values. The issue was whether an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, had the authority to order an employer to write a content-restricted reference letter for an employee and to limit the employer's response to any inquiries about the employee to the comments in the letter. The employer argued that such an order violated s. 2(b) of the *Charter*. This Court agreed that the employer's s. 2(b) rights were violated, but a majority concluded that the arbitrator's order was justified under s. 1 of the *Charter*.

[42] Lamer J. explained that it was "not . . . open to question" that the adjudicator's orders were subject to the *Charter*:

The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his

Dans presque tous les cas, notre Cour se demande si la cour de justice ou le tribunal administratif a le pouvoir d'accorder la réparation *précise* demandée en application du par. 24(1). Autrement dit, elle s'attache moins à déterminer si l'organisme décisionnel est un tribunal compétent sur le plan institutionnel qu'à se demander s'il est un tribunal compétent *pour accorder la mesure de réparation demandée*. Troisièmement, bien que tous paraissent convenir que la compétence découlant du par. 24(1) tient à l'intention du législateur, l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Mooring* apporte un léger bémol aux propos décisifs des juges majoritaires dans les arrêts *Weber* et *Dunedin* écartant le fractionnement des instances et annonçant l'accès rapide aux réparations prévues par la *Charte*.

L'arrêt Slaight et ceux rendus dans sa foulée

[41] Le courant jurisprudentiel issu de l'arrêt *Slaight* ne permet pas vraiment de déterminer ce qu'est un tribunal compétent, mais il revêt de l'intérêt en ce qu'il montre comment notre Cour a progressivement étendu l'application de la *Charte* au domaine administratif. Dans l'arrêt *Slaight*, rendu en 1989, elle statue que le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent. La question était celle de savoir si un arbitre désigné en application du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, avait le pouvoir d'ordonner à un employeur de signer une lettre de recommandation d'un employé, dont le contenu était déjà arrêté, et de la remettre en guise de réponse à toute demande de renseignements concernant l'employé. L'employeur faisait valoir que l'ordonnance violait la liberté garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour convient de l'atteinte aux droits de l'employeur visés à l'al. 2b), mais les juges majoritaires statuent que l'ordonnance de l'arbitre est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

[42] Le juge Lamer explique qu'il ne fait « aucun doute » que la *Charte* s'applique à l'ordonnance d'un arbitre :

L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses

powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. . . . Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. [Emphasis in original; pp. 1077-78.]

[43] *Slaight* was applied in 1994 in *Dagenais*, where Lamer C.J. (for the majority on this issue) said that a judge's discretion to order a publication ban was subject to the *Slaight* principle. He concluded that the judge's discretion could not be opened or exercised arbitrarily, and had to be "exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*" (p. 875). Exceeding those boundaries would result in a reversible error of law (see also *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, and *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188).

[44] In the 1997 case of *Eaton*, the Ontario Special Education Tribunal, acting pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, had ordered that Emily Eaton, a child with cerebral palsy, be placed in a special classroom for students with disabilities. The Eatons alleged discrimination, arguing that their daughter's education should take place in the mainstream schools. Lamer C.J. wrote brief reasons to clarify what he had said in *Slaight*:

[S]tatutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. I developed this principle in the context of administrative tribunals which operate pursuant to broad grants of statutory powers, and which can

pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. [. . .] Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. [Souligné dans l'original; p. 1077-1078.]

[43] En 1994, notre Cour s'appuie sur l'arrêt *Slaight* pour statuer dans l'affaire *Dagenais*. Le juge en chef Lamer (au nom des juges majoritaires sur ce point) précise alors que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de rendre une ordonnance de non-publication est assujéti au principe établi dans l'arrêt *Slaight*. Il conclut que ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité, qu'il ne peut être exercé arbitrairement et qu'il doit être « exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte* » (p. 875). La décision qui outrepassa ces limites constitue une erreur de droit et est susceptible d'infirmer (voir également *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, et *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188).

[44] L'arrêt *Eaton* est rendu en 1997 dans une affaire où le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario avait ordonné, sur le fondement de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, l'intégration d'Emily Eaton, une enfant atteinte de paralysie cérébrale, à une classe pour élèves en difficulté. Les Eatons alléguaient la discrimination et faisaient valoir que leur fille devait fréquenter un établissement ordinaire d'enseignement. Dans de brefs motifs, le juge en chef Lamer clarifie les propos tenus dans l'arrêt *Slaight* :

[I]l faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. J'ai élaboré ce principe dans le contexte des tribunaux administratifs qui fonctionnent

potentially violate *Charter* rights. Whatever section of the Act or of Regulation 305, R.R.O. 1990, grants the authority to the Tribunal to place students like Emily Eaton . . . *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*. [para. 3]

[45] In the 1997 case of *Eldridge*, the Court was asked to assess the constitutionality of certain aspects of British Columbia's health care delivery scheme. The issue was whether the *Charter* applied to the Medical Services Commission's decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of a publicly funded scheme for the provision of medical care. La Forest J., writing for a unanimous Court, said that the basic principle derived from *Slaight* was that since legislatures may not enact laws that infringe the *Charter*, they cannot authorize or empower another person or entity to do so (para. 35). The provincial government had delegated to the Medical Services Commission the power to decide whether a service was a "benefit" under the *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76, and to define what constitutes a "medically required" service for the purpose of the provincial health insurance program. When exercising this discretion, the Commission was acting in a governmental capacity and was therefore subject to the *Charter*.

[46] In 1999, the Court decided *Baker*, a judicial review of the exercise of statutory discretion by an immigration officer pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. L'Heureux-Dubé J., relying on *Slaight* and *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, among others, concluded that statutory discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed by the statute, the principles of the rule of law and of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter* (paras. 53 and 56).

conformément aux vastes pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et qui peuvent éventuellement violer des droits garantis par la *Charte*. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305, R.R.O. 1990, qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves comme Emily Eaton [. . .], l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas les atteintes à la *Charte*. [par. 3]

[45] En 1997, dans l'affaire *Eldridge*, notre Cour était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de certains éléments du régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Il s'agissait de savoir si la *Charte* s'appliquait à la décision de la Medical Services Commission de refuser aux personnes atteintes de surdité des services d'interprétation gestuelle dans le cadre d'un régime public de soins de santé. Dans un jugement unanime, le juge La Forest dit que suivant le principe fondamental dégagé dans l'arrêt *Slaight*, comme une législature ne peut adopter une loi attentatoire aux droits garantis par la *Charte*, elle ne peut autoriser ou habiliter quelque personne physique ou morale à le faire (par. 35). Le gouvernement provincial avait délégué à la commission en question le pouvoir de décider si un service constituait un « avantage » au sens de la *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, ch. 76, et de déterminer ce qui constituait un service « médicalement nécessaire » pour les besoins du régime d'assurance-maladie provincial. Lorsqu'elle exerçait ce pouvoir discrétionnaire, la commission remplissait une fonction gouvernementale et était donc assujettie à la *Charte*.

[46] En 1999, dans l'arrêt *Baker*, notre Cour se prononce sur le contrôle judiciaire d'une décision prise par un agent d'immigration dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. S'appuyant notamment sur les arrêts *Slaight* et *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la juge L'Heureux-Dubé conclut que le pouvoir discrétionnaire légal doit être exercé dans les limites fixées par la loi en cause, conformément aux principes de la primauté du droit, du droit administratif et de la *Charte*, de même que dans le respect des valeurs fondamentales de la société canadienne (par. 53 et 56).

[47] The following year, in *Blencoe*, the Court was asked to determine whether the provincial Human Rights Commission was subject to the *Charter*. Bastarache J., writing for the majority, explained that *Slaight* guaranteed that statutory bodies like the Commission are bound by the *Charter* even if they are independent of the government and/or exercising adjudicatory functions:

The facts in *Slaight* and the case at bar share at least one salient feature: the labour arbitrator (in *Slaight*) and the Commission (in the case at bar) each exercise governmental powers conferred upon them by a legislative body. The ultimate source of authority in each of these cases is government. All of the Commission's powers are derived from the statute. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code*. It is putting into place a government program or a specific statutory scheme established by government to implement government policy The Commission must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally.

Thus, notwithstanding that the Commission may have adjudicatory characteristics, it is a statutory creature and its actions fall under the authority of the *Human Rights Code*. The state has instituted an administrative structure, through a legislative scheme, to effectuate a governmental program to provide redress against discrimination. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny. Once a complaint is brought before the Commission, the subsequent administrative proceedings must comply with the *Charter*. These entities are subject to *Charter* scrutiny in the performance of their functions just as government would be in like circumstances. To hold otherwise would allow the legislative branch to circumvent the *Charter* by establishing statutory bodies that are immune to *Charter* scrutiny. The above analysis leads inexorably to the conclusion that the *Charter* applies to the actions of the Commission. [paras. 39-40]

The majority ultimately concluded that *Blencoe*'s *Charter* rights had not been infringed.

[48] Finally, in 2006, in *Multani*, the Court considered whether a decision of a school board's

[47] L'année suivante, dans l'affaire *Blencoe*, notre Cour était appelée à déterminer si la Human Rights Commission de la province était assujettie à la *Charte*. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache explique que l'arrêt *Slaight* garantit qu'un organisme créé par une loi, comme la commission, est assujetti à la *Charte* même s'il est indépendant du gouvernement ou exerce une fonction juridictionnelle, ou les deux :

Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante : l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique [. . .] La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de « nature gouvernementale ».

Donc, même si elle peut avoir certaines caractéristiques d'un tribunal, la Commission est une créature de la loi et ses actes sont assujettis au *Human Rights Code*. L'État a créé par voie législative un organisme administratif chargé de mettre en œuvre un programme gouvernemental destiné à remédier à la discrimination. C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*. Une fois la Commission saisie d'une plainte, les procédures administratives qui suivent doivent respecter la *Charte*. L'exercice des fonctions de telles entités peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* tout comme pourrait le faire l'exercice des fonctions d'un gouvernement dans les mêmes circonstances. Conclure le contraire permettrait au pouvoir législatif de contourner la *Charte* en créant des organismes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un tel examen. L'analyse qui précède mène inexorablement à la conclusion que la *Charte* s'applique aux actes de la Commission. [par. 39-40]

Les juges majoritaires concluent finalement que les droits constitutionnels de M. *Blencoe* n'ont pas été violés.

[48] Enfin, en 2006, dans le dossier *Multani*, notre Cour examine si la décision d'un conseil des

council of commissioners prohibiting one of its students from wearing a kirpan at school infringed the student's freedom of religion. Charron J., writing for the majority and relying on *Slaight*, explained:

The council is a creature of statute and derives all its powers from statute. Since the legislature cannot pass a statute that infringes the *Canadian Charter*, it cannot, through enabling legislation, do the same thing by delegating a power to act to an administrative decision maker. [para. 22]

The Cuddy Chicks Trilogy

[49] While the courts and tribunals were preoccupied with the proper application of the principles in *Mills* and *Slaight*, another line of authority regarding the constitutional jurisdiction of statutory tribunals was emerging. These cases dealt with whether administrative tribunals could decide the constitutionality of the provisions of their own statutory schemes and decline to apply them because they are “of no force or effect” under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The first case was *Douglas College*, in which two Douglas College employees challenged the mandatory retirement provision in their collective agreement, claiming that it was contrary to s. 15(1) of the *Charter*. The primary issue was whether a labour arbitrator, governed by the *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, and appointed under the parties' collective agreement, had the jurisdiction to determine the collective agreement's constitutionality.

[50] La Forest J., writing for the Court on this issue, concluded that the jurisdiction lay with the arbitrator. Under the *Industrial Relations Act*, the arbitrator had express authority to “provide a final and conclusive settlement of a dispute”. To fulfill this mandate, arbitrators acting under the Act could interpret and apply any statute that regulated employment. This included the *Charter*. La Forest J. noted that arbitrators were bound by the same Constitution as the courts. Accordingly, if a collective agreement was illegal or unconstitutional,

commissaires d'une commission scolaire d'interdire à un élève de porter le kirpan à l'école viole la liberté de religion de ce dernier. S'exprimant au nom des juges majoritaires et s'appuyant sur l'arrêt *Slaight*, la juge Charron explique :

Le conseil est une émanation de la loi et il tire tous ses pouvoirs de celle-ci. Comme le législateur ne peut adopter une loi qui viole la *Charte canadienne*, il ne saurait le faire, par le truchement d'une loi habilitante, en déléguant un pouvoir d'agir à une autorité décisionnelle administrative. [par. 22]

La trilogie Cuddy Chicks

[49] Tandis que les cours de justice et les tribunaux administratifs s'efforçaient d'appliquer correctement les principes énoncés dans les arrêts *Mills* et *Slaight*, un autre courant jurisprudentiel a vu le jour concernant la compétence constitutionnelle d'un tribunal d'origine législative. Les arrêts en cause abordent la question de savoir si un tribunal administratif peut se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de son propre régime législatif et refuser de les appliquer au motif qu'elles sont « inopérantes » suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le premier de ces arrêts est *Douglas College*. Deux employés du Douglas College contestaient la clause de leur convention collective portant sur la retraite obligatoire au motif qu'elle contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. La principale question en jeu était celle de savoir si un arbitre du travail régi par l'*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, et nommé en application de la convention collective liant les parties avait le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de celle-ci.

[50] S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge La Forest conclut que l'arbitre avait la compétence voulue, car suivant l'*Industrial Relations Act*, il avait le pouvoir de [TRADUCTION] « régler définitivement tout différend ». Pour s'acquitter de cette tâche, l'arbitre agissant sur le fondement de cette loi pouvait interpréter et appliquer toute loi régissant les relations de travail, dont la *Charte*. Le juge La Forest fait remarquer que tribunaux et arbitres sont soumis à la même Constitution. Par conséquent, lorsqu'une convention collective est illégale

an arbitrator must decline to apply it just as a court would.

[51] La Forest J. rejected the College's argument that the informal arbitration process was unsuited to litigating a *Charter* issue, concluding that any disadvantages of allowing administrative tribunals to decide constitutional questions were outweighed by the "clear advantages" of granting them this jurisdiction. In his view, such jurisdiction promotes respect for the Constitution because "[t]he citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution" (p. 604). Constitutional issues should be raised at an early stage in the context in which they arise, without the claimant having to first resort to an application in superior court, which is more expensive and time-consuming than the administrative process. In addition, a "specialized competence can be of invaluable assistance in constitutional interpretation" (p. 605). Specialized arbitrators and agencies can sift through the facts and quickly compile a record for the benefit of a reviewing court. In this way, the parties (and the reviewing courts) benefit from the arbitrators' expertise. This practice also allows for all related aspects of a matter to be dealt with by the most appropriate decision maker. As La Forest J. pointed out, "it would be anomalous if tribunals responsible for interpreting the law on the issue were unable to deal with the issue in its entirety, subject to judicial review" (p. 599).

[52] In 1991, *Cuddy Chicks* established that the Ontario Labour Relations Board could determine the constitutionality of a provision which excluded agricultural workers from the protections of Ontario's *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. The issue arose out of an application by the union for the certification of Cuddy Chicks' hatchery employees. The union challenged the constitutional validity of this exclusion, arguing that it violated ss. 2(d) and 15 of the *Charter*, and sought to

ou inconstitutionnelle, l'arbitre doit, comme le ferait une cour de justice, refuser de l'appliquer.

[51] Le juge La Forest rejette la thèse du collège selon laquelle le processus informel de l'arbitrage ne se prête pas à l'examen de questions relatives à la *Charte*. Il conclut que les « avantages évidents » qu'il y a à permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions constitutionnelles l'emportent sur les inconvénients. À son avis, cette compétence favorise le respect de la Constitution, car « [l]e citoyen, qui comparait devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution » (p. 604). Ainsi, une question constitutionnelle devrait être soulevée au début de l'instance, dans le contexte où elle se pose, sans que le demandeur n'ait à la soumettre d'abord à une cour supérieure, ce qui lui coûterait plus cher et prendrait plus de temps que si le seul processus administratif était mis en branle. En outre, une « compétence spécialisée peut être d'une aide inestimable en matière d'interprétation constitutionnelle » (p. 605). Un arbitre ou un organisme spécialisé peut faire le tri des faits et établir rapidement un dossier au bénéfice d'un tribunal d'appel, les parties (et le tribunal d'appel) profitant de son expertise. De la sorte, toutes les questions se rapportant à une affaire peuvent être réglées par le décideur le mieux placé pour le faire. Comme le signale le juge La Forest, « il serait anormal que les tribunaux responsables de l'interprétation de la loi sur cette question ne puissent se prononcer intégralement sur la question, sous réserve du contrôle judiciaire » (p. 599).

[52] En 1991, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, notre Cour statue que la Commission des relations de travail de l'Ontario pouvait se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui privait les ouvriers agricoles des protections offertes par la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228. La question s'était posée dans le cadre d'une demande d'accréditation visant les employés du couvoir de Cuddy Chicks. Le syndicat contestait la validité constitutionnelle de cette exception au

have it declared to be of no force and effect pursuant to s. 52(1).

[53] In rejecting the employer's argument that the superior court, not the Labour Board, should deal with the constitutional question, and drawing on his reasons in *Douglas College*, La Forest J.'s "over-arching consideration" was that where administrative bodies like the Labour Board have specialized expertise, that expertise makes them the appropriate forum for assessing *Charter* compliance:

It is apparent, then, that an expert tribunal of the calibre of the Board can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. In the present case, the experience of the Board is highly relevant to the *Charter* challenge to its enabling statute, particularly at the s. 1 stage where policy concerns prevail. At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*. [Emphasis added; p. 18.]

[54] After citing a number of cases in which labour boards were found to have the jurisdiction to consider constitutional questions relating to their own jurisdiction, such as *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, La Forest J. observed:

What these cases speak to is not only the fundamental nature of the Constitution, but also the legal competence of labour boards and the value of their expertise at the initial stages of complex constitutional deliberations. These practical considerations have compelled the courts to recognize a power, albeit a carefully limited one, in labour tribunals to deal with constitutional issues involving their own jurisdiction. Such considerations are as compelling in the case of *Charter* challenges to a tribunal's enabling statute. Therefore, to extend this "limited but important role" of labour boards to the realm of the *Charter* is simply a natural progression

motif que celle-ci violait les droits garantis à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la *Charte* et il demandait qu'elle soit déclarée inopérante suivant le par. 52(1).

[53] Reprenant ses motifs dans l'arrêt *Douglas College*, le juge La Forest rejette la prétention de l'employeur voulant que ce soit la cour supérieure, et non la Commission des relations de travail, qui doive se prononcer sur la question constitutionnelle. Suivant la « considération primordiale » qu'il invoque, lorsqu'un organisme administratif comme la commission est dotée d'une expertise, celle-ci le rend apte à se pencher sur le respect de la *Charte* :

Il est donc évident qu'un tribunal spécialisé du calibre de la Commission peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise. En l'espèce, l'expérience de la Commission est très pertinente dans une contestation de sa loi habilitante fondée sur la *Charte*, particulièrement à l'étape de l'article premier, où prédominent les considérations de principe. En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*. [Je souligne; p. 18.]

[54] Après avoir cité un certain nombre d'arrêts, dont *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, dans lesquels des commissions des relations du travail avaient été jugées compétentes pour examiner des questions constitutionnelles se rapportant à leur propre compétence, le juge La Forest signale :

Ces arrêts traitent non seulement de la nature fondamentale de la Constitution, mais aussi de la compétence décisionnelle des commissions des relations du travail et de la valeur de leur expertise aux étapes initiales de délibérations constitutionnelles complexes. Ces considérations d'ordre pratique ont amené les tribunaux à reconnaître le pouvoir, certes soigneusement restreint, des tribunaux des relations du travail de se prononcer sur des questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence. Ces considérations sont tout aussi contraignantes dans le cas de la contestation, sur le plan de la *Charte*, de la loi habilitante d'un tribunal

of a well established principle. [Emphasis added; p. 19.]

[55] La Forest J. ultimately concluded that it was within the Board's jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute since it had the express authority to consider questions of law under the statute.

[56] In *Tétreault-Gadoury*, Ms. Tétreault-Gadoury lost her job shortly after her 65th birthday and applied for unemployment insurance benefits. The Employment and Immigration Commission denied her application because, under s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, a person over 65 was only entitled to a lump sum retirement benefit. Ms. Tétreault-Gadoury appealed the Commission's decision to a Board of Referees, arguing that s. 31 of the Act offended s. 15(1) of the *Charter*. The Board declined to rule on the constitutional question. Rather than appeal to an umpire as directed by the Act, Ms. Tétreault-Gadoury appealed to the Federal Court of Appeal, which concluded that s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was contrary to s. 15 of the *Charter*.

[57] On appeal, La Forest J., again writing for the Court on the jurisdictional issue, reiterated the principle that an administrative tribunal with the authority to interpret or apply the law is entitled to determine whether a particular statutory provision is unconstitutional. The *Unemployment Insurance Act, 1971* expressly conferred the jurisdiction to consider questions of law on the umpires, not the Board of Referees. This meant that under the legislative scheme, umpires, not the Referees, were authorized to resolve constitutional issues.

[58] In 1996, the constitutional jurisdiction of another statutory body — the Canadian Human

administratif. Par conséquent, l'extension du « rôle restreint, mais important » des commissions des relations du travail au domaine de la *Charte* n'est que la progression naturelle d'un principe bien établi. [Je souligne; p. 19.]

[55] Le juge La Forest conclut finalement qu'il ressortissait à la Commission des relations de travail d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante puisque celle-ci lui conférait expressément le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit.

[56] Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, la dame du même nom avait perdu son emploi peu après son 65^e anniversaire de naissance et avait demandé des prestations d'assurance-chômage. La Commission de l'emploi et de l'immigration avait rejeté sa demande au motif que, suivant l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, une personne de plus de 65 ans n'avait droit qu'à la somme forfaitaire versée à titre de prestation spéciale de retraite. M^{me} Tétreault-Gadoury avait interjeté appel de la décision devant un conseil arbitral en alléguant que l'art. 31 de la *Loi* portait atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Le conseil arbitral avait refusé de trancher la question constitutionnelle. Au lieu d'interjeter appel devant un juge-arbitre comme le prévoyait la *Loi*, M^{me} Tétreault-Gadoury avait saisi directement la Cour d'appel fédérale, qui avait alors conclu que l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* allait à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*.

[57] En appel de cette décision, le juge La Forest, s'exprimant encore au nom de notre Cour au sujet de la compétence, confirme le principe selon lequel un tribunal administratif habilité à interpréter ou à appliquer la loi peut statuer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* conférait expressément au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir d'examiner des questions de droit. Dès lors, il appartenait au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, de trancher une question constitutionnelle.

[58] En 1996, dans l'affaire *Cooper*, notre Cour se penche sur la compétence constitutionnelle

Rights Commission — came under scrutiny in *Cooper*. Two airline pilots filed a human rights complaint with the Commission alleging that the mandatory retirement provision in their collective agreement was discriminatory. Section 15(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, permitted the imposition of mandatory retirement if the age set was the “normal age of retirement for employees . . . in [similar] positions”. The complainants challenged the constitutionality of s. 15(c). The issue before the Court was whether the Commission and, in turn, a tribunal appointed by the Commission to hear a complaint, had the power to assess the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act*.

[59] *Cooper*, decided in the same year as *Mooring*, highlighted the conceptual debate in this Court as to the constitutional jurisdiction of administrative tribunals. La Forest J., writing for the majority, again confirmed that if a tribunal has the power to consider questions of law, then it “must be able to address constitutional issues” (para. 46). The Commission, however, lacked statutory authority to decide questions of law. While it was entitled to interpret and apply its enabling statute, this limited legal jurisdiction was insufficient to establish that the Commission could consider general questions of law.

[60] La Forest J. reached the same conclusion with respect to a human rights tribunal. While a tribunal could consider general legal and constitutional questions, “logic” demanded that it lacked the ability to assess the constitutionality of the *Canadian Human Rights Act* (para. 66). The tribunals lacked expertise; any gain in efficiency would be lost through the inevitable judicial review of a tribunal’s constitutional determinations; the tribunals’ loose evidentiary rules were unsuited to constitutional litigation; and constitutional matters would bog down the human rights system, which was intended to provide for efficient and timely adjudication of complaints.

d’un autre organisme d’origine législative — la Commission canadienne des droits de la personne. Deux pilotes de ligne avaient saisi la commission d’une plainte alléguant que la clause sur la retraite obligatoire figurant dans leur convention collective était discriminatoire. L’alinéa 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, permettait d’obliger un employé à se retirer à « l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi », et les plaignants contestaient sa constitutionnalité. La question en litige devant notre Cour était celle de savoir si la commission, de même qu’un tribunal nommé par celle-ci pour entendre une plainte, pouvaient se prononcer sur la constitutionnalité d’une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[59] Rendu la même année que *Mooring*, l’arrêt *Cooper* met en évidence le débat théorique existant au sein de notre Cour au sujet de la compétence constitutionnelle des tribunaux administratifs. Au nom des juges majoritaires, le juge La Forest confirme encore une fois que le tribunal doté du pouvoir d’examiner des questions de droit « peut se prononcer sur des questions constitutionnelles » (par. 46). Or, la commission n’avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle pouvait interpréter et appliquer sa loi habilitante, mais on ne pouvait en conclure qu’elle jouissait du pouvoir d’examiner des questions de droit générales.

[60] Le juge La Forest tire la même conclusion à l’égard d’un tribunal des droits de la personne, qui peut certes examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles d’ordre général, mais qui ne peut « logiquement » être investi du pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (par. 66). Un tribunal des droits de la personne n’ayant pas l’expertise voulue, les gains en efficacité seraient perdus à cause des inévitables contrôles judiciaires auxquels donneraient lieu ses décisions en matière constitutionnelle. Les règles de preuve souples ne sont pas adaptées aux litiges constitutionnels, et ceux-ci paralyseraient le système des droits de la personne, dont l’objectif est d’assurer le traitement efficace et diligent des plaintes.

[61] Lamer C.J. concurred with La Forest J., but wrote separate reasons urging the Court to abandon the principles set out in the *Cuddy Chicks* trilogy. In his view, the principles enunciated in those cases were contrary to the separation of powers and Parliamentary democracy, two fundamental principles of the Canadian Constitution.

[62] In dissent, McLachlin J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) concluded that both the Canadian Human Rights Commission and a human rights tribunal were empowered to assess the constitutionality of the *Canadian Human Rights Act*. This result, according to McLachlin J., “best achieves the economical and effective resolution of human rights disputes and best serves the values entrenched in the *Canadian Human Rights Act* and the *Charter*” (para. 73). Like La Forest J., McLachlin J. reinforced the view expressed in the trilogy that “administrative tribunals empowered to decide questions of law may consider *Charter* questions” (para. 81), and once again confirmed that in light of the doctrine of constitutional supremacy,

[c]itizens have the same right to expect that [the *Charter*] will be followed and applied by the administrative arm of government as by legislators, bureaucrats and the police. If the state sets up an institution to exercise power over people, then the people may properly expect that that institution will apply the *Charter*. [para. 78]

In her view, both the Commission and the tribunals could consider whether the *Charter* renders invalid the “‘normal age of retirement’ defence”, since both bodies were empowered to decide questions of law.

[63] In *Martin*, in 2003, the Court sought to resolve the debate over the *Charter* jurisdiction of tribunals. The issue was whether s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, which precluded individuals suffering from chronic pain from receiving workers' compensation

[61] Le juge en chef Lamer souscrit à l'opinion du juge La Forest. Toutefois, dans des motifs distincts, il exhorte la Cour à rompre avec les principes issus de la trilogie *Cuddy Chicks* qui, selon lui, vont à l'encontre de la séparation des pouvoirs et de la démocratie parlementaire — deux principes fondamentaux de la Constitution canadienne.

[62] Dissidente, la juge McLachlin (avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé) conclut que tant la Commission canadienne des droits de la personne qu'un tribunal des droits de la personne ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il s'agit à son sens de la solution qui « permet le mieux de régler les différends en matière de droits de la personne de façon économique et efficace et qui sert le mieux les valeurs inscrites dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans la *Charte* » (par. 73). Comme le juge La Forest, elle confirme l'opinion exprimée par notre Cour dans la trilogie, à savoir que « les tribunaux administratifs investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour examiner des questions relevant de la *Charte* » (par. 81). Elle ajoute que, compte tenu du principe de la primauté de la Constitution,

[l]es citoyens peuvent attendre de l'appareil administratif, tout autant que du législateur, des fonctionnaires ou de la police, qu'ils suivent et appliquent [la *Charte*]. Si l'État crée un organisme doté de pouvoirs touchant les citoyens, ceux-ci peuvent à bon droit escompter que cet organisme appliquera la *Charte*. [par. 78]

À son avis, tant la commission que les tribunaux des droits de la personne pouvaient se prononcer sur la question de savoir si la *Charte* invalidait « le moyen de défense fondé sur “l'âge de la retraite en vigueur” » puisqu'ils avaient tous le pouvoir de trancher des questions de droit.

[63] En 2003, dans l'arrêt *Martin*, notre Cour tente de mettre fin à son désaccord sur la compétence des tribunaux administratifs liée à l'application de la *Charte*. La question était celle de savoir si l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, qui empêchaient une personne souffrant de

benefits, were contrary to s. 15(1) of the *Charter*. As a threshold issue, it was necessary to decide whether the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal had the jurisdiction to consider whether the benefits provisions of its enabling statute were constitutional.

[64] Gonthier J., writing for a unanimous Court, expressly rejected the 1996 *ratio* in *Cooper*, particularly insofar as it distinguished between limited and general questions of law and insofar as it suggested that an adjudicative function was a prerequisite for a tribunal's constitutional jurisdiction. He also expressly rejected Lamer C.J.'s contention that the *Cuddy Chicks* trilogy was inconsistent with the separation of powers and Parliamentary democracy.

[65] Instead, Gonthier J. affirmed and synthesized the main principles emerging from the trilogy. The first was the principle of constitutional supremacy, which provides that any law that is inconsistent with the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force and effect. No government actor can apply an unconstitutional law, he observed, and, subject to an express contrary intention, a government agency given statutory authority to consider questions of law is presumed to have the jurisdiction to assess related constitutional questions.

[66] As a further corollary, Gonthier J. echoed the views expressed over the years by McLachlin J., Major J., La Forest J., and McIntyre J. confirming that "Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts". Explaining that this "accessibility concern" was "particularly pressing given that many administrative tribunals have exclusive initial jurisdiction over disputes relating to their enabling legislation", Gonthier J. concluded that "forcing litigants to refer *Charter* issues to the courts would

douleur chronique de toucher les prestations versées à un accidenté du travail, portaient atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Il fallait en outre déterminer à titre préliminaire si le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse avait le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des dispositions de sa loi habilitante relatives aux prestations.

[64] Au nom de la Cour, le juge Gonthier rejette expressément le fondement de l'arrêt *Cooper* datant de 1996, particulièrement en ce qui concerne la distinction entre les questions de droit générales et les questions de droit limitées et la condition préalable — pour qu'un tribunal administratif ait compétence en matière constitutionnelle — que serait l'exercice d'une fonction juridictionnelle. De plus, il se dissocie expressément du point de vue du juge en chef Lamer selon lequel la trilogie *Cuddy Chicks* était incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs et la démocratie parlementaire.

[65] Le juge Gonthier confirme plutôt les principes fondamentaux dégagés dans la trilogie et il en fait la synthèse. Le premier est celui de la primauté de la Constitution, qui rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre loi. Il fait remarquer qu'aucun représentant de l'État ne peut appliquer une loi inconstitutionnelle et, sauf intention contraire expresse du législateur, un organisme gouvernemental auquel la loi confère le pouvoir d'examiner des questions de droit est présumé avoir compétence à l'égard des questions constitutionnelles connexes.

[66] À titre corollaire également, le juge Gonthier fait siens les avis exprimés au fil des ans par les juges McLachlin, Major, La Forest et McIntyre et confirme que « les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles ». Expliquant que ce « souci d'accessibilité » est « d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante », le juge Gonthier conclut qu'« obliger les parties à ces différends à saisir une cour de

result in costly and time-consuming bifurcation of proceedings” (para. 29).

[67] In his view, a tribunal’s factual findings and the record it compiles when considering a constitutional question are of invaluable assistance in constitutional determinations. The tribunal provides the reviewing court with the most well-informed, expert view of the issues at stake:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. . . . The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. [para. 30, citing *Cuddy Chicks*, at pp. 16-17]

[68] Based on these principles, Gonthier J. concluded that the following determines whether it is within an administrative tribunal’s jurisdiction to subject a legislative provision to *Charter* scrutiny:

- Under the tribunal’s enabling statute, does the administrative tribunal have jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under a legislative provision? If so, the tribunal is presumed to have the jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the *Charter*.
- Does the tribunal’s enabling statute clearly demonstrate that the legislature intended to exclude the *Charter* from the tribunal’s jurisdiction? If so, the presumption in favour of *Charter* jurisdiction is rebutted.

[69] Applying this approach, Gonthier J. noted that the Workers’ Compensation Appeals Tribunal was explicitly authorized to “determine all questions of fact and law”. Further, the Tribunal’s

justice de toute question liée à la *Charte* leur imposerait un long et coûteux détour » (par. 29).

[67] Selon lui, les conclusions de fait que tire un tribunal administratif et le dossier qu’il établit dans l’examen d’une question constitutionnelle sont extrêmement utiles aux fins de statuer en matière constitutionnelle. Le tribunal administratif met à la disposition de la cour de révision le point de vue d’expert le plus éclairé concernant les questions en jeu :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d’analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. [. . .] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l’attention qu’elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d’une aide inestimable. [par. 30, citant *Cuddy Chicks*, p. 16-17]

[68] Partant de ces principes, le juge Gonthier conclut que les considérations suivantes déterminent si un tribunal administratif a le pouvoir d’examiner une disposition législative au regard de la *Charte* :

- Le tribunal administratif a-t-il expressément ou implicitement compétence, suivant sa loi habilitante, pour trancher une question de droit découlant d’une disposition législative? Dans l’affirmative, il est présumé avoir le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition au regard de la *Charte*.
- L’intention du législateur de soustraire la *Charte* au champ de compétence du tribunal administratif ressort-elle clairement de la loi constituant ce dernier? Dans l’affirmative, la présomption de compétence constitutionnelle est réfutée.

[69] Recourant à cette méthode, le juge Gonthier relève que le Workers’ Compensation Appeals Tribunal est expressément autorisé à [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait ».

decisions could be appealed “on any question of law”. This confirmed that the Tribunal was entitled to decide legal questions which triggered the presumption that the Tribunal was authorized to decide *Charter* questions.

[70] The adjudicative nature of the Tribunal was also relevant. It was independent of the Workers’ Compensation Board, could establish its own procedural rules, consider all relevant evidence, record any oral evidence for future reference, exercise powers under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and extend time limits for decisions when necessary. In addition, its members had been called to the bar and the Attorney General could intervene in proceedings involving constitutional questions. In his view, therefore, even if the Tribunal had lacked express authority to decide questions of law, an implied grant of authority would have been found. The legislature clearly intended to create a comprehensive scheme for resolving workers’ compensation disputes. Nothing in the *Workers’ Compensation Act* rebutted the presumption.

[71] Moreover, allowing the Tribunal to apply the *Charter* furthered the policy objectives of allowing courts to “benefit from a full record established by a specialized tribunal fully apprised of the policy and practical issues relevant to the *Charter* claim”. It also permitted workers to “have their *Charter* rights recognized within the relatively fast and inexpensive adjudicative scheme created by the Act” rather than having to pursue separate proceedings in the courts in addition to a compensation claim before the administrative tribunal (para. 56).

[72] Gonthier J. concluded that the Workers’ Compensation Board too, like the Appeals Tribunal, had the jurisdiction to review the constitutional validity of its enabling statute, since both statutory bodies had the same authority to decide questions of law.

De plus, il peut être interjeté appel d’une décision du tribunal [TRADUCTION] « sur une question de droit », ce qui confirme le pouvoir du tribunal d’appel de se prononcer sur des questions de droit et fait ainsi naître la présomption de compétence en matière constitutionnelle.

[70] La fonction juridictionnelle du tribunal d’appel importe aussi. Il est indépendant de la commission (la Workers’ Compensation Board), il peut établir ses propres règles de procédure, examiner tout élément de preuve pertinent, enregistrer tout témoignage pour consultation future, exercer les pouvoirs que confère la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et proroger un délai s’il l’estime nécessaire. En outre, ses membres appartiennent à un barreau, et le procureur général peut intervenir dans une instance où est soulevée une question constitutionnelle. Le juge Gonthier opine donc, même si le tribunal d’appel n’a pas le pouvoir exprès de trancher des questions de droit, qu’il faut conclure qu’il y est tacitement habilité. Le législateur avait manifestement l’intention de créer un régime complet de règlement des différends relatifs à l’indemnisation des accidentés du travail. Aucune disposition de la *Workers’ Compensation Act* ne réfutait la présomption.

[71] Par ailleurs, permettre au tribunal d’appel d’appliquer la *Charte* favorisait la réalisation des objectifs de politique générale, à savoir permettre aux cours de justice de « bénéficier d’un dossier complet constitué par un tribunal spécialisé bien au fait des questions de politique générale et d’ordre pratique que soulève la demande fondée sur la *Charte* ». Les travailleurs pouvaient également « faire reconnaître les droits que leur garantit la *Charte* dans le cadre du régime juridictionnel relativement rapide et peu coûteux établi par la Loi, au lieu d’avoir à assortir de procédures judiciaires distinctes leur demande d’indemnisation déposée devant le tribunal administratif » (par. 56).

[72] Le juge Gonthier conclut que, tout comme le tribunal d’appel, la Workers’ Compensation Board a compétence pour examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante, les deux organismes d’origine législative ayant le même pouvoir de trancher des questions de droit.

[73] *Martin* was released with *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*. Paul was charged with a breach of s. 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, which was a general prohibition against cutting Crown timber. Paul conceded that he cut the prohibited timber, but asserted that as an aboriginal person, he had a right to do so under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The issue on appeal was whether the provincial Forest Appeals Commission had the authority to entertain Paul's constitutional argument.

[74] Bastarache J., writing for the Court, applied the methodology in *Martin* to determine whether the Commission was authorized to consider and apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The issue therefore was whether the enabling statute either expressly or by implication granted the Commission the jurisdiction to interpret or decide questions of law.

[75] The *Forest Practices Code* stated that any party to a proceeding before the Commission could make submissions as to fact, law and jurisdiction and could appeal a Commission's decision on a question of law or jurisdiction. These provisions made it impossible to conclude that the Commission's mandate was limited to purely factual matters, and the Court accordingly concluded that the Forest Appeals Commission was empowered to decide questions of law, including whether s. 35 of the *Constitution Act, 1982* applied.

[76] In the case of *Okwuobi*, the issue was the jurisdiction of the Administrative Tribunal of Québec to hear rights claims for minority language education under the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, and the *Canadian Charter*. Based on *Martin* and *Paul*, the Court concluded:

As will become clear, the fact that the ATQ is vested with the ability to decide questions of law is crucial, and is determinative of its jurisdiction to apply the *Canadian Charter* in this appeal. The quasi-judicial structure of the ATQ, discussed briefly above, may be indicative of

[73] L'arrêt *Martin* a été rendu de pair avec l'arrêt *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, dans lequel M. Paul avait été accusé d'avoir contrevenu à l'art. 96 du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, qui interdisait généralement l'abattage d'arbres sur les terres de la Couronne. M. Paul avait reconnu avoir coupé des arbres visés par l'interdiction, mais prétendu en avoir le droit en tant qu'Autochtone, invoquant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agissait de déterminer si la Forest Appeals Commission de la province avait le pouvoir de considérer sa prétention constitutionnelle.

[74] Au nom de la Cour, le juge Bastarache applique la méthode établie dans l'arrêt *Martin* pour déterminer si la commission avait le pouvoir d'examiner et d'appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agissait donc de savoir si la loi habilitante de la commission lui accordait expressément ou implicitement le pouvoir d'interpréter le droit ou de trancher des questions s'y rapportant.

[75] Le *Forest Practices Code* prévoyait qu'une partie à une instance devant la commission pouvait présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence, de même qu'interjeter appel d'une décision de la commission sur une question de droit ou de compétence. On ne pouvait donc conclure que le mandat de la commission se limitait à l'examen de simples questions de fait, de sorte que notre Cour a statué que la Forest Appeals Commission avait le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, dont celle de l'application de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[76] Dans l'affaire *Okwuobi*, le litige portait sur la compétence du Tribunal administratif du Québec de statuer sur une demande d'enseignement dans la langue de la minorité sous le régime de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, et celui de la *Charte canadienne*. S'appuyant sur les arrêts *Martin* et *Paul*, notre Cour conclut :

Comme on le constatera facilement, l'attribution au TAQ du pouvoir de trancher des questions de droit est cruciale pour définir sa compétence à l'égard de l'application de la *Charte canadienne* en l'espèce. Bien qu'elle ne joue pas un rôle déterminant pour apprécier

a legislative intention that constitutional questions be considered and decided by the ATQ, but the structure of the ATQ is not determinative. This is evidenced by the recent decisions of this Court in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, and *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. [para. 28]

In *Okwuobi*, the Administrative Tribunal of Québec was found to have the jurisdiction to decide questions of law. The presumption in favour of constitutional jurisdiction was therefore triggered and was not rebutted.

[77] These cases confirm that administrative tribunals with the authority to decide questions of law and whose *Charter* jurisdiction has not been clearly withdrawn have the corresponding authority — and duty — to consider and apply the Constitution, including the *Charter*, when answering those legal questions. As McLachlin J. observed in *Cooper*:

[E]very tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to do so. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter. The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals. [para. 70]

The Merger

[78] The jurisprudential evolution leads to the following two observations: first, that administrative tribunals with the power to decide questions of law, and from whom constitutional jurisdiction has not been clearly withdrawn, have the authority to resolve constitutional questions that are linked to matters properly before them. And secondly,

l'étendue de la compétence de cet organisme, la structure quasi judiciaire du TAQ, déjà abordée brièvement, peut témoigner de la volonté du législateur de conférer au TAQ le pouvoir d'examiner et de trancher les questions constitutionnelles. Cette conclusion se dégage de l'examen des arrêts récents de notre Cour *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, et dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55. [par. 28]

Dans l'arrêt *Okwuobi*, notre Cour arrive à la conclusion que le Tribunal administratif du Québec avait le pouvoir de trancher des questions de droit. Par conséquent, la compétence constitutionnelle était présumée, et cette présomption n'était pas réfutée.

[77] Ces arrêts confirment que le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir — et le devoir — correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique. Comme le fait observer la juge McLachlin dans l'arrêt *Cooper* :

[T]out tribunal qui est appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien. La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions. [par. 70]

La fusion

[78] L'évolution de la jurisprudence appelle les deux observations suivantes. D'abord, un tribunal administratif possédant le pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence constitutionnelle n'est pas clairement écartée peut résoudre une question constitutionnelle se rapportant à une affaire dont il est régulièrement saisi. En second

they must act consistently with the *Charter* and its values when exercising their statutory functions. It strikes me as somewhat unhelpful, therefore, to subject every such tribunal from which a *Charter* remedy is sought to an inquiry asking whether it is “competent” to grant a particular remedy within the meaning of s. 24(1).

[79] Over two decades of jurisprudence has confirmed the practical advantages and constitutional basis for allowing Canadians to assert their *Charter* rights in the most accessible forum available, without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals (*Douglas College*, at pp. 603-4; *Weber*, at para. 60; *Cooper*, at para. 70; *Martin*, at para. 29). The denial of early access to remedies is a denial of an appropriate and just remedy, as Lamer J. pointed out in *Mills*, at p. 891. And a scheme that favours bifurcating claims is inconsistent with the well-established principle that an administrative tribunal is to decide all matters, including constitutional questions, whose essential factual character falls within the tribunal’s specialized statutory jurisdiction (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Quebec (Human Rights Tribunal)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. See also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 49.).

[80] If, as in the *Cuddy Chicks* trilogy, expert and specialized tribunals with the authority to decide questions of law are in the best position to decide constitutional questions when a remedy is sought under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, there is no reason why such tribunals are not also in the best position to assess constitutional questions when a remedy is sought under s. 24(1) of the *Charter*. As McLachlin J. said in *Weber*, “[i]f an arbitrator can find a law violative of the *Charter*, it would seem he or she can determine whether conduct in the administration of the collective agreement violates the *Charter* and likewise grant remedies”

lieu, il doit agir conformément à la *Charte* et aux valeurs qui la sous-tendent en s’acquittant de ses fonctions légales. Il m’apparaît donc quelque peu inutile de soumettre tout tribunal de ce type auquel réparation est demandée sur le fondement de la *Charte* à un examen visant à déterminer s’il est « compétent » au sens du par. 24(1) pour accorder la réparation sollicitée.

[79] Depuis plus de deux décennies, la jurisprudence confirme les avantages pratiques et le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée sans qu’ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif (*Douglas College*, p. 603-604; *Weber*, par. 60; *Cooper*, par. 70; *Martin*, par. 29). Comme le signale le juge Lamer dans l’arrêt *Mills*, empêcher le demandeur d’obtenir rapidement réparation équivaut à lui refuser une réparation convenable et juste (p. 891). Et le régime qui favorise le fractionnement des recours est incompatible avec le principe bien établi selon lequel un tribunal administratif se prononce sur toutes les questions, y compris celles de nature constitutionnelle, dont le caractère essentiellement factuel relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Québec (Tribunal des droits de la personne)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. Voir également l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 49.).

[80] Si, comme dans les affaires de la trilogie *Cuddy Chicks*, le tribunal spécialisé doté du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle lorsque réparation est sollicitée sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, rien ne s’oppose à ce qu’il soit également le mieux placé pour se pencher sur une question constitutionnelle lorsque réparation est demandée en application du par. 24(1) de la *Charte*. Dans l’arrêt *Weber*, la juge McLachlin dit que « [s]i un arbitre peut conclure qu’une loi porte atteinte à la *Charte*, il semble qu’il puisse déterminer si un

(para. 61). I agree with the submission of both the Ontario Review Board and the British Columbia Review Board that in both types of cases, the analysis is the same.

[81] Building on the jurisprudence, therefore, when a remedy is sought from an administrative tribunal under s. 24(1), the proper initial inquiry is whether the tribunal can grant *Charter* remedies generally. To make this determination, the first question is whether the administrative tribunal has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law. If it does, and unless it is clearly demonstrated that the legislature intended to exclude the *Charter* from the tribunal's jurisdiction, the tribunal is a court of competent jurisdiction and can consider and apply the *Charter* — and *Charter* remedies — when resolving the matters properly before it.

[82] Once the threshold question has been resolved in favour of *Charter* jurisdiction, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme. Answering this question is necessarily an exercise in discerning legislative intent. On this approach, what will always be at issue is whether the remedy sought is the kind of remedy that the legislature intended would fit within the statutory framework of the particular tribunal. Relevant considerations in discerning legislative intent will include those that have guided the courts in past cases, such as the tribunal's statutory mandate, structure and function (*Dunedin*).

Application to This Case

[83] The question before the Court is whether the Ontario Review Board is authorized to provide certain remedies to Mr. Conway under s. 24(1) of the *Charter*. Before the Board, Mr. Conway sought an absolute discharge. At the hearing before this Court, and for the first time, he requested additional remedies dealing with his conditions of detention: an

comportement dans l'administration de la convention collective viole la *Charte* et également accorder des réparations » (par. 61). Je conviens avec la Commission ontarienne d'examen et la commission d'examen de la Colombie-Britannique que, dans les deux cas, l'analyse est la même.

[81] Au vu de la jurisprudence, lorsque réparation est demandée à un tribunal administratif en application du par. 24(1), il convient donc de déterminer initialement si le tribunal peut accorder des réparations sur le fondement de la *Charte* en général. À cette fin, il faut d'abord se demander si le tribunal administratif a le pouvoir exprès ou tacite de trancher une question de droit. Si tel est le cas et qu'il n'est pas clairement établi que le législateur a voulu soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal en cause, ce dernier est un tribunal compétent et peut examiner et appliquer la *Charte*, y compris les réparations qu'elle prévoit, lorsqu'il statue dans une affaire dont il est régulièrement saisi.

[82] Une fois tranchée cette question préliminaire et reconnue la compétence fondée sur la *Charte*, il reste à déterminer si le tribunal administratif peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif applicable. Il est alors nécessaire de cerner l'intention du législateur. Dès lors, la question qui se pose toujours est celle de savoir si la réparation demandée est de celles que le législateur a voulu que le tribunal administratif en cause puisse accorder eu égard au cadre législatif établi. Les éléments pertinents à considérer pour déterminer l'intention du législateur englobent ceux retenus par les tribunaux dans le passé, dont le mandat légal, la structure et la fonction du tribunal administratif (*Dunedin*).

Application aux faits de l'espèce

[83] Notre Cour doit déterminer si la Commission ontarienne d'examen a le pouvoir d'accorder certaines réparations à M. Conway en application du par. 24(1) de la *Charte*. M. Conway a demandé sa libération inconditionnelle à la Commission. À l'audience devant notre Cour, il a sollicité pour la première fois d'autres mesures de réparation

order directing CAMH to provide him with access to psychotherapy, and an order prohibiting CAMH from housing him near a construction site.

[84] The first inquiry is whether the Board is a court of competent jurisdiction. In my view, it is. The Board is a quasi-judicial body with significant authority over a vulnerable population. It is unquestionably authorized to decide questions of law. It was established by, and operates under, Part XX.1 of the *Criminal Code* as a specialized statutory tribunal with ongoing supervisory jurisdiction over the treatment, assessment, detention and discharge of those accused who have been found not criminally responsible by reason of mental disorder (“NCR patient”). Section 672.72(1) provides that any party may appeal a board’s disposition on any ground of appeal that raises a question of law, fact or mixed fact and law. Further, s. 672.78(1) authorizes an appellate court to allow an appeal against a review board’s disposition where the court is of the opinion that the board’s disposition was based on a wrong decision on a question of law. I agree with the conclusion of Lang J.A. and the submission of the British Columbia Review Board that, as in *Martin and Paul*, this language is indicative of the Board’s power to decide legal questions. And there is nothing in Part XX.1 of the *Criminal Code* — the Board’s statutory scheme — which permits us to conclude that Parliament intended to withdraw *Charter* jurisdiction from the scope of the Board’s mandate. It follows that the Board is entitled to decide constitutional questions, including *Charter* questions, that arise in the course of its proceedings.

[85] The question for the Court to decide therefore is whether the particular remedies sought by Mr. Conway are the kinds of remedies that Parliament appeared to have anticipated would fit within the statutory scheme governing the Ontario Review Board. This requires us to consider the scope and nature of the Board’s statutory mandate and functions.

relatives aux conditions de sa détention, à savoir une ordonnance enjoignant au CTSM de lui permettre de bénéficier d’une psychothérapie et une autre interdisant à l’établissement de le loger près d’un chantier de construction.

[84] La première question qui se pose est celle de savoir si la Commission est un tribunal compétent. À mon avis, c’est le cas. La Commission est un organisme quasi judiciaire exerçant un grand pouvoir sur des gens vulnérables. Elle est incontestablement admise à trancher des questions de droit. Constituée et régie par la partie XX.1 du *Code criminel*, il s’agit d’un tribunal spécialisé d’origine législative possédant un pouvoir de surveillance continu à l’égard du traitement, de l’évaluation, de la détention et de la libération des accusés qui ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux (les « patients non responsables criminellement »). Le paragraphe 672.72(1) dispose que toute partie aux procédures peut interjeter appel de la décision d’une commission d’examen pour un motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. De plus, le par. 672.78(1) dispose que la cour d’appel peut accueillir l’appel si elle est d’avis que la commission d’examen a commis une erreur de droit. Je conviens avec la juge Lang, de la Cour d’appel, et la commission d’examen de la Colombie-Britannique que le libellé de cette disposition — comme celui en cause dans les arrêts *Martin et Paul* — permet de conclure que la Commission a le pouvoir de trancher des questions juridiques. Et aucune disposition de la partie XX.1 du *Code criminel* — le régime législatif auquel est assujettie la Commission — ne permet de conclure que le législateur a voulu soustraire l’application de la *Charte* à la compétence de la Commission. Il s’ensuit que la Commission peut statuer sur les questions constitutionnelles soulevées devant elle, y compris celles liées à l’application de la *Charte*.

[85] Notre Cour doit donc décider si les réparations précises demandées par M. Conway sont de celles que le législateur paraît avoir voulu que la Commission ontarienne d’examen puisse accorder eu égard à son régime législatif. À cette fin, il lui faut examiner l’étendue et la nature du mandat et des attributions de la Commission.

[86] Part XX.1 of the *Criminal Code* was enacted after this Court struck down the traditional regime for dealing with mentally ill offenders as contrary to s. 7 of the *Charter* in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933. The traditional system subjected offenders with mental illness to automatic and indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council (*Criminal Code*, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3); *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625). Part XX.1 was designed to address the concerns raised in *Swain* and was intended to highlight that offenders with a mental illness must be “treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with [their] situation” (*Winko*, at para. 42; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, at para. 22).

[87] Part XX.1 introduced a new verdict — “not criminally responsible on account of mental disorder” — into the traditional guilt/innocence dichotomy. This verdict is neither an acquittal nor a conviction; rather, it diverts offenders to a special stream that provides individualized assessment and treatment for those found to be a significant danger to the public (*Winko*, at para. 21; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at para. 90; *Penetanguishene*, at para. 21). Those NCR patients who are not a significant danger to the public must be unconditionally released.

[88] The Ontario Board manages and supervises the assessment and treatment of each NCR patient in Ontario by holding annual hearings and making dispositions for each patient (ss. 672.38(1), 672.54, 672.81(1) and 672.83(1); *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326, at para. 29). It is well established that the review board regime is intended to reconcile the “twin goals” of protecting the public from dangerous offenders, and treating NCR patients fairly and appropriately (*Winko*, at para. 20; House of Commons, *Minutes*

[86] La partie XX.1 du *Code criminel* a été adoptée après que notre Cour eut, dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, invalidé pour cause d’incompatibilité avec l’art. 7 de la *Charte* le régime traditionnellement applicable à l’accusé souffrant d’aliénation mentale. Auparavant, cette personne était automatiquement condamnée à une détention d’une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil (*Code criminel*, par. 614(2) (qui a remplacé le par. 542(2)) (abrogé par L.C. 1991, ch. 43, art. 3); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625). La partie XX.1 visait à répondre aux préoccupations soulevées dans l’arrêt *Swain* et à faire ressortir que l’accusé atteint de maladie mentale devait être « traité avec la plus grande dignité et joui[r] de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état » (*Winko*, par. 42; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, par. 22).

[87] La partie XX.1 a ajouté le nouveau verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » à la dichotomie traditionnelle opposant culpabilité et innocence. Il ne s’agit ni d’un acquittement ni d’une déclaration de culpabilité. L’accusé qui représente un danger important pour le public fait plutôt l’objet d’une procédure spéciale lui assurant une évaluation et un traitement individualisés (*Winko*, par. 21; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 90; *Penetanguishene*, par. 21). Le patient non responsable criminellement qui ne représente pas un danger important pour le public doit être libéré inconditionnellement.

[88] La Commission ontarienne encadre et surveille l’évaluation et le traitement des patients non responsables criminellement en Ontario. Chaque année, elle tient une audience et rend une décision pour chacun d’eux (par. 672.38(1), art. 672.54, par. 672.81(1) et 672.83(1); *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, par. 29). Il est bien établi que le système des commissions d’examen vise à concilier le « double objectif » de protéger le public face aux personnes dangereuses et de traiter de façon juste et

of *Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., October 9, 1991, at p. 6). While public safety is the paramount concern, an NCR patient's liberty interest has been held to be the Board's "major preoccupation" within the fence posts staked by public safety (*Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at para. 19). The Board fulfills its "primary purpose" therefore by protecting the public while minimizing incursions on patients' liberty and treating patients fairly (*Mazzei*, at para. 32; *Winko*, at paras. 64-71; *Penetanguishene*, at para. 51).

[89] Section 672.54 of the *Criminal Code* sets out the remedial jurisdiction of review boards, stating:

Where a court or Review Board makes a disposition under subsection 672.45(2) or section 672.47 or 672.83, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

Accordingly, at a disposition hearing regarding an NCR patient, the Ontario Review Board is authorized to make one of three dispositions: an absolute discharge, a conditional discharge or a detention order. When making its disposition, the Board

appropriée les patients non responsables criminellement (*Winko*, par. 20; *Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 9 octobre 1991, p. 6). Bien que la sécurité du public soit la considération primordiale, le droit à la liberté du patient non responsable criminellement demeure une « préoccupation fondamentale » de la Commission dans les limites que lui impose la protection du public (*Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19). La Commission respecte donc son « objectif principal » lorsqu'elle protège le public tout en réduisant le plus possible les atteintes au droit à la liberté des patients et en traitant ceux-ci de façon équitable (*Mazzei*, par. 32; *Winko*, par. 64-71; *Penetanguishene*, par. 51).

[89] Voici le texte de l'art. 672.54 du *Code criminel* conférant à une commission d'examen son pouvoir en matière de réparation :

Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou des articles 672.47 ou 672.83, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

Par conséquent, lors de l'audition visant un patient non responsable criminellement, la Commission ontarienne d'examen peut ordonner l'une des trois mesures suivantes : la libération inconditionnelle, la libération sous réserve de modalités ou la

must consider the four statutory criteria: the need to protect the public from dangerous persons, the patient's mental condition, the reintegration of the patient into society and the patient's other needs.

[90] The Board has a “necessarily broad” discretion to consider a large range of evidence in order to fulfill this mandate (*Winko*, at para. 61). The Board's assessment of the evidence must “take place in an environment respectful of the NCR accused's constitutional rights, free from the negative stereotypes that have too often in the past prejudiced the mentally ill who come into contact with the justice system” (*Winko*, at para. 61). Upon considering the evidence, if the Board is not of the opinion that the patient is a significant threat to public safety, it must direct that the patient be discharged absolutely (s. 672.54(a); *Winko*, at para. 62). On the other hand, if the Board finds that the patient is, as in Mr. Conway's case, a significant threat to public safety, an absolute discharge is not statutorily available as a disposition (s. 672.54; *Winko*, at para. 62).

[91] A patient is not a significant threat to public safety unless he or she is a “real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying” (*Winko*, at para. 62). The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature (*Winko*, at paras. 57 and 62).

[92] Once a patient is absolutely discharged, he or she is no longer subject to the criminal justice system or to the Board's jurisdiction (*Mazzei*, at para. 34). However, pending an absolute discharge, NCR patients are subject to a detention or conditional discharge order. The Board is entitled to include appropriate conditions in its orders (s. 672.54(b) and (c)). The appropriateness of conditions is tied, at least in part, to the framework for making the least onerous and least restrictive disposition consistent with public safety, the patient's mental condition and other needs, and the patient's reintegration into the community

détention. Sa décision doit tenir compte des quatre considérations énoncées dans la loi : la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l'état mental du patient, la nécessité de sa réinsertion sociale et ses autres besoins.

[90] Le pouvoir discrétionnaire de la Commission de considérer un large éventail d'éléments de preuve pour s'acquitter de son mandat a « nécessairement une large portée » (*Winko*, par. 61). L'examen de la preuve doit se « dérouler dans un environnement qui respecte les droits constitutionnels de l'accusé, indépendamment des stéréotypes négatifs qui, par le passé, ont trop souvent porté préjudice aux malades mentaux ayant eu des démêlés avec la justice » (*Winko*, par. 61). Lorsque la Commission n'en conclut pas que le patient représente un risque important pour la sécurité du public, elle doit ordonner sa libération inconditionnelle (al. 672.54a); *Winko*, par. 62). Par contre, lorsqu'elle estime, comme dans le cas de M. Conway, que le patient représente un risque important pour la sécurité du public, il ne lui est pas légalement loisible d'ordonner sa libération inconditionnelle (art. 672.54; *Winko*, par. 62).

[91] Un patient ne représente un risque important pour la sécurité du public que s'il existe « un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu'ennuyeux ou insignifiant » (*Winko*, par. 62). La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle (*Winko*, par. 57 et 62).

[92] Le patient libéré inconditionnellement cesse de relever du système de justice criminelle ou de la compétence de la Commission (*Mazzei*, par. 34). Toutefois, tant qu'il n'est pas libéré inconditionnellement, le patient non responsable criminellement peut être détenu ou libéré sous conditions. La Commission a le pouvoir d'assortir son ordonnance des modalités qu'elle juge indiquées (al. 672.54b) et c)). Le caractère indiqué des modalités est lié, du moins en partie, à l'obligation de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la sécurité du public, de l'état mental du patient et de ses besoins, et de la

(s. 672.54(b) and (c); *Penetanguishene*, at paras. 51 and 56).

[93] The Board is not entitled to include any conditions that prescribe or impose treatment on an NCR patient (s. 672.55; *Mazzei*) and any conditions must withstand *Charter* scrutiny (*Slaight*). In addition, disposition orders, including any conditions, are subject to appeal. The Court of Appeal is entitled to allow an appeal against a disposition if it is unreasonable, cannot be supported by the evidence, is based on a wrong decision on a question of law, or gives rise to a miscarriage of justice (s. 672.78(1); *Owen*).

[94] Subject to these limits, the content of the conditions included in a disposition is at the Board's discretion. In this way, the Board has the statutory tools to supervise the treatment and detention of dangerous NCR patients in a responsive, *Charter*-compliant fashion and has a broad power to attach flexible, individualized, creative conditions to the discharge and detention orders it devises for dangerous NCR patients.

[95] The Board's task calls for "significant expertise" (*Owen*, at paras. 29-30) and the Board's membership, which sits in five-member panels comprised of the chairperson (a judge or a person qualified for or retired from appointment to the bench), a second legal member, a psychiatrist, a second psychiatrist or psychologist and one public member (ss. 672.39 and 672.4(1)), guarantees that the requisite experts perform the Board's challenging task (*Owen*, at para. 29; s. 672.39). Further, as almost one-quarter of NCR patients and accused found unfit to stand trial spend at least 10 years in the review board system, with some, like Mr. Conway, spending significantly longer (Jeff Latimer and Austin Lawrence, *Research Report — The Review Board Systems in Canada: Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study* (Department of Justice Canada, January 2006, at p. v), review boards become intimately familiar with the patients under their supervision. In light of this expertise, the appellate courts are "not [to] be too quick to overturn" a review board's

nécessité de sa réinsertion sociale (al. 672.54b) et c); *Penetanguishene*, par. 51 et 56).

[93] Il n'est pas loisible à la Commission de prescrire ou d'imposer un traitement à un patient non responsable criminellement (art. 672.55; *Mazzei*), et toutes les conditions qu'elle fixe doivent résister à un examen fondé sur la *Charte* (*Slaight*). De plus, ses ordonnances, y compris toute modalité, sont susceptibles d'appel. La cour d'appel peut infirmer une décision lorsque celle-ci est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit ou qu'il y a eu erreur judiciaire (par. 672.78(1); *Owen*).

[94] Sauf dans ces cas, la Commission a toute latitude pour assortir une ordonnance des modalités qui lui paraissent indiquées. La loi lui permet donc de surveiller le traitement et la détention des patients déclarés non responsables criminellement, mais jugés dangereux, d'une manière adaptée et conforme à la *Charte*. Elle possède en outre un pouvoir étendu d'assortir ses ordonnances de libération ou de détention de conditions flexibles, individualisées et créatives.

[95] L'exécution du mandat de la Commission fait appel à une « grande expertise » (*Owen*, par. 29-30). Sa composition — elle siège en comité composé de cinq membres, dont le président (un juge ou un juge à la retraite, ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste), un autre juriste, un psychiatre, un autre psychiatre ou un psychologue, et un représentant du public (art. 672.39 et par. 672.4(1)) —, garantit que des personnes ayant l'expertise voulue s'acquittent de son exigeante fonction (*Owen*, par. 29; art. 672.39). De plus, étant donné que près du quart des patients non responsables criminellement et des accusés déclarés inaptes à subir leur procès demeurent assujettis pendant au moins dix ans au système des commissions d'examen et que certains d'entre eux, comme M. Conway, y demeurent soumis bien plus longtemps (Jeff Latimer et Austin Lawrence, *Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux* (Ministère de la Justice Canada, janvier 2006,

“expert opinion” on how best to manage a patient’s risk to the public (*Owen*, at para. 69; *Winko*, at para. 61).

[96] Mr. Conway submits that, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, and notwithstanding the Board’s finding that he is a significant threat to public safety, he is entitled to an absolute discharge or, in the absence of a discharge, an order directing CAMH to provide him with alternative treatment and/or an order directing CAMH to ensure that he can access psychotherapy. Mr. Conway admits that these remedies are outside the Board’s statutory jurisdiction, but asserts that s. 24(1) of the *Charter* frees the Board from statutory limits on its jurisdiction.

[97] I disagree. Part XX.1 of the *Code* provides the Board with “wide latitude” in the exercise of its powers (*Winko*, at para. 27; *Mazzei*, at para. 43). However, Parliament did not imbue the Board with free remedial rein, and in fact withdrew certain remedies from the Board’s statutory arsenal. As noted above, Part XX.1 of the *Code* precludes the Board from granting either an absolute discharge to an NCR patient found to be dangerous or an order directing that a hospital authority provide an NCR patient with particular treatment (ss. 672.54(a) and 672.55; *Winko*; *Mazzei*). Parliament was entitled to withdraw these powers from the Board and, barring a constitutional challenge to the legislation, no judicial fiat can overrule Parliament’s clear expression of intent.

[98] Granting the Board the jurisdiction to unconditionally release a dangerous patient without the requisite treatment to resolve the dangerousness would frustrate the Board’s mandate to supervise the special needs of those who are found

p. viii), les commissions d’examen en viennent à très bien connaître les patients placés sous leur surveillance. Au vu de cette expertise, les cours d’appel se « garde[nt] d’infirmier à la légère la décision d’expert rendue » par une commission d’examen quant à la façon dont il convient de gérer le risque qu’un patient représente pour la sécurité du public (*Owen*, par. 69; *Winko*, par. 61).

[96] M. Conway fait valoir que, suivant le par. 24(1) de la *Charte*, et malgré la conclusion de la Commission selon laquelle il représente un risque important pour la sécurité du public, il a droit à une libération inconditionnelle ou, à défaut, à une ordonnance enjoignant au CTSM de modifier le traitement qui lui est prodigué ou de lui permettre de bénéficier d’une psychothérapie, ou les deux. M. Conway reconnaît que ces réparations échappent à la compétence légale de la Commission, mais il soutient que le par. 24(1) de la *Charte* permet à celle-ci de faire abstraction des limitations que la loi apporte à sa compétence.

[97] Je ne peux faire droit à sa prétention. La partie XX.1 du *Code criminel* confère à la Commission une « grande latitude » dans l’exercice de ses pouvoirs (*Winko*, par. 27; *Mazzei*, par. 43). Toutefois, le législateur ne lui donne pas carte blanche en ce qui concerne les réparations et écarte en fait certaines mesures qu’elle aurait pu prendre légalement. Rappelons que la partie XX.1 du *Code criminel* empêche la Commission d’accorder une libération inconditionnelle à un patient non responsable criminellement jugé dangereux ou d’ordonner au responsable de l’hôpital de soumettre un tel patient à un traitement particulier (al. 672.54a) et art. 672.55; *Winko*; *Mazzei*). Il était loisible au législateur de retirer ces pouvoirs à la Commission et, sauf contestation constitutionnelle des dispositions législatives en cause, une ordonnance judiciaire ne saurait écarter son intention clairement exprimée.

[98] Accorder à la Commission le pouvoir de libérer inconditionnellement un patient dangereux en l’absence de tout traitement pour mettre fin à la dangerosité irait à l’encontre du mandat consistant à encadrer la prestation des soins particuliers que

to require the treatment/assessment regime (*Winko*, at paras. 39-42). It would also undermine the balance required by s. 672.54: it not only threatens public safety, it jeopardizes the interests of the NCR patient by failing to adequately prepare him or her for reintegration and, as a result, creating a substantial risk of re-offending and re-entry into the Part XX.1 regime (*Winko*, at paras. 39-41). As McLachlin J. wrote in *Winko*, at paras. 39-41:

Treatment . . . is necessary to stabilize the mental condition of a dangerous NCR accused and reduce the threat to public safety created by that condition. . . .

Part XX.1 protects society. If society is to be protected on a long-term basis, it must address the cause of the offending behaviour — the mental illness. . . .

Part XX.1 also protects the NCR offender. The assessment-treatment model introduced by Part XX.1 of the *Criminal Code* is fairer to the NCR offender than the traditional common law model. The NCR offender is not criminally responsible, but ill. Providing opportunities to receive treatment, not imposing punishment, is the just and appropriate response.

[99] The Board's duty to protect public safety, its statutory authority to grant absolute discharges only to non-dangerous NCR patients, and its mandate to assess and treat NCR patients with a view to reintegration rather than recidivism, all point to Parliament's intent not to permit NCR patients who are dangerous to have access to absolute discharges as a remedy. These factors are determinative in this case and lead to the conclusion that it would not be appropriate and just in Mr. Conway's current circumstances for the Board to grant him an absolute discharge.

[100] The same is true of Mr. Conway's request for a treatment order. Allowing the Board to

requièrent ceux dont on estime qu'ils ont besoin du système d'évaluation et de traitement (*Winko*, par. 39-42). Un tel pouvoir minerait également l'équilibre que commande l'application de l'art. 672.54. Non seulement il mettrait la sécurité du public en péril, mais il compromettrait également les intérêts du patient non responsable criminellement en ne le préparant pas suffisamment à sa réinsertion sociale et en créant ainsi un risque substantiel qu'il récidive et qu'il soit à nouveau assujéti au régime de la partie XX.1 (*Winko*, par. 39-41). La juge McLachlin écrit dans l'arrêt *Winko* (par. 39-41) :

Des soins [. . .] s'imposent pour stabiliser l'état mental d'un accusé non responsable criminellement qui est dangereux et pour diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public en raison de son état. . . .

La partie XX.1 protège la société. Si la société veut assurer sa sécurité à long terme, elle doit s'attaquer à la cause du comportement fautif — la maladie mentale. . . .

La partie XX.1 protège également le contrevenant non responsable criminellement. Le système d'évaluation et de traitement établi en application de la partie XX.1 du *Code criminel* est plus équitable pour ce dernier que le système traditionnel issu de la common law. Ce contrevenant n'est pas criminellement responsable, mais souffre d'une maladie. Lui fournir la possibilité de recevoir un traitement, et non le punir, constitue l'intervention juste qui s'impose.

[99] L'obligation de la Commission de protéger le public, son pouvoir légal d'accorder une libération inconditionnelle, mais uniquement à un patient non dangereux, et son mandat consistant à évaluer et à traiter les patients non responsables criminellement dans la perspective d'une réinsertion, et non d'une récidive, témoignent de l'intention du législateur d'empêcher qu'un patient non responsable criminellement, mais dangereux, bénéficie d'une libération inconditionnelle à titre de réparation. Déterminants en l'espèce, ces éléments mènent à la conclusion qu'il ne saurait être convenable et juste, eu égard à la situation actuelle de M. Conway, que la Commission le libère inconditionnellement.

[100] Il en est de même pour la demande de M. Conway visant à obtenir une ordonnance de

prescribe or impose treatment is not only expressly prohibited by the *Criminal Code* (s. 672.55), it is also inconsistent with the constitutional division of powers (*Mazzei*). The authority to make treatment decisions lies exclusively within the mandate of provincial health authorities in charge of the hospital where an NCR patient is detained, pursuant to various provincial laws governing the provision of medical services. “It would be an inappropriate interference with provincial legislative authority (and with hospitals’ treatment plans and practices) for Review Boards to require hospital authorities to administer particular courses of medical treatment for the benefit of an NCR accused” (*Mazzei*, at para. 31).

[101] A finding that the Board is entitled to grant Mr. Conway an absolute discharge despite its conclusion that he is a significant threat to public safety, or to direct CAMH to provide him with a particular treatment, would be a clear contradiction of Parliament’s intent. Given the statutory scheme and the constitutional considerations, the Board cannot grant these remedies to Mr. Conway.

[102] Finally, Mr. Conway complains about where his room is located and seeks an order under s. 24(1) prohibiting CAMH from housing him near a construction site. Neither the validity of this complaint, nor, obviously, the propriety of any redress, has yet been determined by the Board.

[103] Remedies granted to redress *Charter* wrongs are intended to meaningfully vindicate a claimant’s rights and freedoms (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 55; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 30). Yet, it is not the case that effective, vindicatory remedies for harm flowing from unconstitutional conduct are available only through separate and distinct *Charter* applications (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at

traitement. Permettre à la Commission de prescrire ou d’imposer un traitement est non seulement expressément interdit par le *Code criminel* (art. 672.55), mais aussi incompatible avec le partage constitutionnel des compétences (*Mazzei*). Le pouvoir de prendre des décisions d’ordre thérapeutique relève exclusivement des autorités sanitaires provinciales responsables de l’hôpital où est détenu le patient non responsable criminellement, conformément aux différentes lois provinciales régissant la prestation de services médicaux. « Il serait inapproprié que les commissions d’examen empiètent sur le pouvoir législatif provincial (et sur les programmes et procédures de traitement des hôpitaux) en exigeant des autorités de l’hôpital qu’elles administrent certains traitements médicaux dans l’intérêt d’un accusé non responsable criminellement » (*Mazzei*, par. 31).

[101] Conclure que la Commission peut accorder à M. Conway une libération inconditionnelle même si elle estime qu’il représente un risque important pour la sécurité du public, ou ordonner au CTSM de lui prodiguer un traitement particulier irait manifestement à l’encontre de l’intention du législateur. Compte tenu du régime législatif et des considérations d’ordre constitutionnel, la Commission ne peut accorder pareilles réparations à M. Conway.

[102] Enfin, M. Conway se plaint de l’emplacement de sa chambre et demande, sur le fondement du par. 24(1), une ordonnance interdisant au CTSM de le loger à proximité d’un chantier de construction. La Commission ne s’est encore prononcée ni sur la validité de ce grief ni, manifestement, sur l’opportunité de cette réparation.

[103] La réparation accordée par suite d’une atteinte à un droit garanti par la *Charte* vise à défendre utilement les droits et libertés du demandeur (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30). Toutefois, ce n’est pas seulement au moyen d’une demande distincte fondée sur la *Charte* que peut être utilement réparé le préjudice découlant d’un acte inconstitutionnel (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC

para. 2). *Charter* rights can be effectively vindicated through the exercise of statutory powers and processes (*Nasogaluak; Dagenais; Okwuobi*). In this case, it may well be that the substance of Mr. Conway's complaint about where his room is located can be fully addressed within the framework of the Board's statutory mandate and the exercise of its discretion in accordance with *Charter* values. If that is what the Board ultimately concludes to be the case, resort to s. 24(1) of the *Charter* may not add either to the Board's capacity to address the substance of the complaint or to provide appropriate redress.

[104] I would dismiss the appeal. In accordance with the request of the parties, there will be no order for costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Person in charge of the Centre for Addiction and Mental Health: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Ontario Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Review Board: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the interveners the Criminal Lawyers' Association and the David Asper Centre

6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 2). Les droits garantis par la *Charte* peuvent être bien défendus par le recours aux pouvoirs et aux processus prévus par la loi (*Nasogaluak; Dagenais; Okwuobi*). Dans la présente affaire, il se peut fort bien qu'il ressortisse au mandat légal de la Commission et à son pouvoir discrétionnaire exercé dans le respect des valeurs de la *Charte* de statuer sur le fond de la demande de M. Conway relative à l'emplacement de sa chambre. Si la Commission conclut finalement en ce sens, le recours au par. 24(1) de la *Charte* ne peut accroître son pouvoir de statuer sur le fond de la demande ou d'accorder la réparation demandée.

[104] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. À la demande des parties, aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission ontarienne d'examen : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Review Board : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur des intervenants Criminal Lawyers' Association et David Asper Centre for

for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Community Legal Assistance Society: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Community Legal Assistance Society, Vancouver.

NOVA SCOTIA COURT OF APPEALCitation: *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30Please see in
particular para. 31

Leave to Appeal Refused: 2006 CanLII 29077 (SCC)

Date: 20060309

Docket: CAC 251898

Registry: Halifax

Between:

Her Majesty the Queen

Appellant

v.

James Everett Cross

Respondent

Judges: MacDonald, C.J.N.S.; Roscoe and Bateman, J.J.A.**Appeal Heard:** February 13, 2006, in Halifax, Nova Scotia**Held:** Appeal allowed per reasons for judgment of Bateman, J.A.;
MacDonald, C.J.N.S. and Roscoe, J.A. concurring.**Counsel:** Daniel A. MacRury, Q.C., for the appellant
Roger Burrill, for the respondent

Reasons for judgment:

[1] This is an appeal from the Order of Judge James H. Burrill of the Provincial Court refusing an application by the Crown for an order requiring Mr. Cross to comply with the requirements of the **Sex Offender Registration Information Act** which are contained in S.C. 2004, c. 10. The decision is reported as **R. v. Cross** (2005), 235 N.S.R. (2d) 93; N.S.J. No. 263 (Q.L.).

BACKGROUND:

[2] The facts and issues before the Court were summarized by the trial judge as follows:

[2] James Everett Cross, was found guilty of assault (S. 266(a) C.C.), sexual assault (S. 271 C.C.) and unlawful confinement (279(2) C.C.). The offences occurred on May 7, 2002, he was convicted on June 23, 2004 and after several adjournments the matter was before me for sentencing on January 6, 2005. Mr. Cross was sentenced to 42 months imprisonment. The Crown sought an order under the **S.O.I.R.A.**, but the defence objected on the basis that it would violate s. 11(i) of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**.

...

[4] Section 11(i) of the **Charter** provides that:

Any person charged with an offence has the right
(i) if found guilty of the offence and if the
punishment for the offence has been varied
between the time of commission and the
time of sentencing, to the benefit of the
lesser punishment.

[5] Obviously the offences committed by Mr. Cross occurred prior to the proclamation of the **S.O.I.R.A.** The issue is whether the requirements of the legislation constitute a "punishment" within the meaning of s. 11(i).

[6] The defence argues that they do and that s. 11(i) exempts Mr. Cross from a registration order. The Crown argues that the requirements of a registration order made pursuant to the **S.O.I.R.A.** do not constitute a "punishment" and, therefore, do not violate section

11(i). The Crown asks the court to impose a registration order in Form 52.

(Emphasis added)

[3] "S.O.I.R.A." in the extract above refers to the **Sex Offender Information Registration Act**. That **Act** creates a sex offender registry, specifies the information to be collected in the registry and addresses the control of that information. Related sections of the **Criminal Code** authorize an application for a sex offender registration order and provide an exemption provision. In this judgment I will use **SOIRA** to refer, collectively, to the **Act** and the companion provisions of the **Criminal Code**. The judge concluded that a **SOIRA** order is a "punishment" and could not be made in relation to Mr. Cross as it would violate s.11(i) of the **Charter**:

11. Any person charged with an offence has the right

...

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[4] There is a single issue on this appeal. The Crown says the judge erred at law in ruling the order under s.490.012 of the **Criminal Code** is "punishment" within the meaning of s.11(i) of the **Canadian Charter of Rights**. The standard of review is correctness.

[5] For the reasons set out below, it is my view that the appeal must be allowed.

ANALYSIS:

[6] The **SOIRA** sections of the **Code** which are relevant here provide:

490.012 (1) A court shall, on application of the prosecutor, make an order in Form 52 requiring a person to comply with the *Sex Offender Information Registration Act* for the applicable period specified in subsection 490.013(2), (3) or (4) as soon as possible after it imposes a sentence on the person for an offence referred to in paragraph (a), (c), (d) or (e) of the definition "designated offence" in subsection

490.011(1), or renders a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder for such an offence.

...

(4) The court is not required to make an order under this section if it is satisfied that the person has established that, if the order were made, the impact on them, including on their privacy or liberty, would be grossly disproportionate to the public interest in protecting society through the effective investigation of crimes of a sexual nature, to be achieved by the registration of information relating to sex offenders under the *Sex Offender Information Registration Act*.

[7] A **SOIRA** order imposes an ongoing obligation on an offender to provide contact information to the authorities for lengthy periods after sentence. I will detail the informational requirements later in this judgment.

[8] On this appeal counsel concede that the **SOIRA** legislation provides for an order in relation to certain offenders who were convicted prior to the coming into force of the **Act**; in the case of Mr. Cross, an offender who had not yet been sentenced. (In **R. v. Aberdeen**, [2005] A. J. No.1062 (Q.L.)(Prov.Ct.) and **R. v. Rouschop**, [2005] O.J. No. 1336 (Q.L.)(Ont .Ct. J.) the courts concluded that the provisions were intended to operate retrospectively (at paras. 17 - 18 of **Aberdeen**)). The retrospective effect is said to flow by implication from the combined effect of ss. 490.011(1)(c) and (d) and 490.012 of the **Criminal Code**. It would be difficult to conceive of more complex wording to express a retrospective intent.

[9] Mr. Cross does not contend that a **SOIRA** order would violate his liberty (s. 7) or privacy (s. 8) rights under the **Charter**. The only issue is whether s. 11(i) of the **Charter** precludes such an order.

[10] Thus, while the constitutionality of the **SOIRA** legislation is not raised directly here, the meaning of “punishment” in s. 11(i) of the **Charter** must be interpreted using the constitutional jurisprudence. If a **SOIRA** order is, indeed, “punishment”, it cannot be made in relation to any offender who committed the crime before the legislation came into force.

The Decision of the Application Judge:

[11] Burrill, J. was persuaded that a **SOIRA** order was punitive in effect. He found such an order to be “a severe infringement of the individual’s liberty”. He said:

[23]. . . The requirements of a registration order are, in my opinion, a severe infringement of the individual's liberty which is undiminished by attempting to call it an administrative consequence of conviction rather than a punishment. In the case at bar, Mr. Cross would be required to comply with the order for twenty (20) years. He would have to report in person, at least annually, to the Registration Center closest to his primary residence. I am advised that there are eight Registration Centers in Nova Scotia and depending on the location of his residence this could require the offender to undertake significant travel in order to meet his reporting obligations. While the order imposes no geographical restrictions nor it does prevent the offender from engaging in any particular activity, it does place restrictions on the activities that they can engage in without providing information to the state. The offender can not, for example, take a vacation for more than fifteen (15) days unless they provide what is essentially their itinerary to the authorities.

[24] It is not one, but a combination of the requirements under the **S.O.I.R.A.** that cause me to conclude that a registration order is indeed punitive in effect. That fact combined with the fact that the requirements are imposed on individuals who have been convicted of an index offence and no one else (unlike a s. 810.1 order which can be imposed on anyone regardless of conviction) cause me to conclude that a registration order it is indeed a "punishment" within the meaning of 11(i) of the **Charter**. To categorize it as something else is, in my opinion, an attempt to draw a distinction where none exists.

[12] In reaching this conclusion the judge adopted the following definition of punishment:

[21] The fact that the registration order is not part of the formal sentence is not dispositive. I agree with the court in **Lambert**, (supra), [**R. v. Lambert** (1994), 93 C.C.C. (3d) 88 (Nfld. C.A.) at p. 93] that "punishment" is not confined to the narrow legal definition that

corresponds exclusively to the formal sentence of the court.
Considering the authorities to which I have referred I conclude that "punishment" within the meaning of section 11(i) also means any deprivation or hardship that places a limit on the future behaviours of an offender and severely impairs restricts their liberty.

(Emphasis added)

The SORIA Reporting Requirements:

[13] The obligations on a sex offender who is subject to a **SOIRA** order are set out in ss. 4 through 6 of the **Act**. Summarizing, the offender must report to a registration centre within 15 days of making the order or release from custody and not leave Canada until he has done so. On that reporting he must provide his full name and any alias(s) used; date of birth; gender; the address and telephone number of his main and any secondary residence; his employment address; if enrolled in an educational institution, that address; any mobile telephone number; his height, weight and any distinguishing marks.

[14] Any change of name or residence must be updated within 15 days and, in any event, the offender must update all information, in person, annually.

[15] If an offender will be away from his main or secondary residence for more than 15 consecutive days, but within Canada, he must advise the registration centre by registered mail (or in person) the locations where he will be staying and his estimated departure and return dates. This must be done not later than 15 days before departure. For a trip outside of Canada the requirements are the same, however, the intended addresses of his stay need not be provided. In either event the offender is to advise the registration centre of the actual date of his return to Canada within 15 days.

[16] The person at the registration centre to whom the offender is reporting is entitled to record observable identifying characteristics and can require the offender to submit to a photograph.

[17] Failure to comply with the above obligations is an offence punishable by a maximum fine of \$10,000 or up to six months imprisonment for the first offence and a fine or an increased term of imprisonment for a subsequent offence (s. 490.031 **Criminal Code**).

[18] The offender's obligation to provide the information is for 10 years, 20 years or life, depending upon the nature of the offence (s. 490.013 **Criminal Code**), subject to the right to apply for termination at the half point of the term of the order or after 20 years if the term is life (s. 490.015 **Criminal Code**).

The Nature of a SOIRA Order:

[19] The starting point in this inquiry is to ascertain the purpose, principles and effect of the legislation in question. The purpose and principles of the **SOIRA** are set out in the **Act** as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to help police services investigate crimes of a sexual nature by requiring the registration of certain information relating to sex offenders.
- (2) This Act shall be carried out in recognition of, and in accordance with, the following principles:
 - (a) in the interest of protecting society through the effective investigation of crimes of a sexual nature, police services must have rapid access to certain information relating to sex offenders;
 - (b) the collection and registration of accurate information on an ongoing basis is the most effective way of ensuring that such information is current and reliable; and
 - (c) the privacy interests of sex offenders and the public interest in their rehabilitation and reintegration into the community as law-abiding citizens require that
 - (i) the information be collected only to enable police services to investigate crimes that there are reasonable grounds to suspect are of a sexual nature, and
 - (ii) access to the information, and use and disclosure of it, be restricted.

[20] Counsel have not suggested that the **SOIRA**'s purpose is broader than that stated above. Mr. Cross's focus is on the effect of the order. On this appeal we must decide whether the judge erred at law in finding that a **SOIRA** order has a

punitive effect. This requires that the effect of such orders be assessed objectively, in accord with basic **Charter** principles.

[21] Interpretation of the guaranteed rights and freedoms is to be purposive, informed by the **Charter's** broad intent which is to protect individual rights and liberties. While narrow and technical interpretations of those rights are to be avoided, the interpretation must accord with practical considerations and not become too abstract or theoretical. (**R. v. Big M Drug Mart Ltd.**, [1985] 1 S.C.R. 295; S.C.J. No. 17 (Q.L.) at p. 359.

[22] The meaning of a right or freedom guaranteed by the **Charter** is determined in the light of the interests it was meant to protect (**Hunter v. Southam**, [1984] 2 S.C.R. 145). As Dickson, C.J. wrote for the majority of the Court in **R. v. Big M Drug Mart Ltd.**, *supra* at p. 344:

. . . the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than an linguistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada, v. Skapinker* ... illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic, and historical contexts.

[23] The meaning of "punishment" within the **Charter** has been analyzed in various contexts. For example, in **Regina v. S.B.** (1983), 146 D.L.R. (3d) 69; B.C.J. No. 2273 (Q.C.) (B.C.C.A.), the court considered whether a nine year confinement in an industrial school under the **Juvenile Delinquents Act**, R.S.C. 1970, c. J-3 constituted "punishment", the challenge there being under ss. 11(f) and (h) of the **Charter**. The court commented at pp. 71-72 as follows (*per* Anderson, J.A.):

The word "punishment" is defined in Murray's New English Dictionary at p. 1604 as follows:

The infliction of a penalty in retribution for an offence; that which is inflicted as a penalty; a penalty imposed to insure the application and enforcement of a law.

The word "punish" is defined at p. 1603 as follows:

To cause to suffer for an offence; to subject to judicial chastisement as retribution or requital or as a caution against further transgressions.

See also Shorter Oxford English Dictionary, pp. 1708 and 1709, where the meaning of the words "punish" and "punishment" is defined in identical terms.

. . .

It should also be noted that punishment, in the criminal law sense, includes public condemnation of the offender. Another important concern of the courts in "punishing" or inflicting a penalty on an offender is deterrence to others. . . .

[24] In **R. v. T.R. (No. 2)** (1984), 7 D.L.R. (4th) 263; A.J. No. 1 (Q.L.) (Alta.Q.B.) McDonald, J., also considered whether the **Juvenile Delinquents Act** prescribed "punishment" in the context of a s. 11(h) **Charter** challenge. In an earlier, related, decision (reported as **R. v. T.R.**, [1983] A.J. No. 483 (Q.L.) at ¶7) he expressed disagreement with the approach of the court in **R. v. S.B.**, *supra*, where it was held that the legislative purpose alone determines whether a provision is "punishment". In endorsing an objective analysis he said in relation to punishment at pp. 268-269:

. . . All sentences of imprisonment are "punishment" for the purpose of s. 11(h), even if the sentencing judge was moved by reformatory or rehabilitative considerations. All fines are "punishment" even if the accused is rich and will scarcely notice the impact. Why is this so in the case of adult crime? The answer lies in identifying the characteristics of "punishment". One characteristic of "punishment", obviously not illustrated by the imposition of a fine but certainly illustrated by the imposition of a term of imprisonment, is that the accused is deprived of his liberty — his freedom to associate with his family and friends and to carry on his normal employment and other activities. He is, in the words of Professor Rawls ("Two Concepts of Rules", in Acton *The Philosophy of Punishment* (1969),

p. 104 at p. 111, quoted in J.W. Harris, *Legal Philosophies* (1980), p. 52) "said to suffer punishment whenever he is legally deprived of some of the normal rights of a citizen on the ground that he has violated a rule of law ..."

A second characteristic of "punishment" is found in the first element of the definition of "punishment" by H.L.A. Hart, in his *Punishment and Responsibility*, (1968), p. 4. His definition, although published first only in 1968, is commonly referred to now in English, Canadian and American literature on the theory of punishment. Hart's first element in the definition is: "It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant." Other authorities which include the same, or a similar, element in their definition of "punishment" are cited by V.J. Bourke, "The Ethical Justification of Punishment," 22 Am. J. Jur. 1, at pp. 2-3 (1977). Involuntary confinement in a prison or jail, and even the payment of a fine, are illustrations of consequences normally considered unpleasant. A third characteristic of "punishment" is that the penalty, like the conviction itself, carries with it a degree of stigmatisation. This is inherent in the public nature of the adult criminal adjudicatory process.

[25] The meaning of punishment in the context of s. 11(i) of the **Charter** was considered by Steele, J.A. in **R. v. Lambert** (1994), 93 C.C.C. (3d) 88; N.J. 328 (Q.L.) (Nfld. C.A.). The court held an order requiring the appellant to serve one-half of his sentence before parole eligibility (s. 741.2 of the **Criminal Code**) constituted a greater "punishment". In so deciding Steele, J.A. wrote at p. 93:

Section 741.2 uses the term "sentence" without any reference to "punishment". In s. 11(i) of the Charter, however, Parliament selected the term "punishment" that appears in the phrases "*punishment* for the offence" and "benefit of the lesser *punishment*". I can only assume that in drafting s. 11(i) of the Charter, the term "*punishment*" was intentionally chosen.

As I construe s. 11(i) of the Charter, "punishment" means or includes the formal sentence of the court (which is the punishment inflicted for the commission of the offence), but in addition, also means or includes any other "severe handling" or "harsh or injurious treatment".

The term "punishment" appearing in s. 11(i) of the Charter is not confined to the narrow legal definition that corresponds exclusively to

the formal sentence of the court. Punishment may also encompass any coercive or punitive treatment likely to discourage or deter an accused (and sometimes others) from a repetition of criminal activity.

(Emphasis added)

[26] In **R. v. Wigglesworth**, [1987] 2 S.C.R. 541; S.C.J. No. 71 (Q.L.), the Court was called upon to decide whether s. 11(h) of the **Charter** was applicable to certain R.C.M.P disciplinary consequences so as to preclude a criminal trial for the same conduct for which the member had been internally disciplined.

[27] Section 11(h) protects an individual from not being tried or punished twice for the same offence (double jeopardy):

11. Any person charged with an offence has the right

...

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again . . .

[28] The R.C.M.P. officer in **Wigglesworth** had allegedly assaulted a prisoner in custody. He was charged with a major service offence under the **Royal Canadian Mounted Police Act**, R.S.C. 1970, c. R-9. The officer in question was fined \$300, although the maximum penalty for such an offence was one year in prison. He was subsequently charged with common assault under the **Criminal Code** and succeeded in having the Information quashed by the trial judge. This was upheld on appeal. On further appeal to the Supreme Court of Canada the question was whether the proceeding under the **R.C.M.P. Act** amounted to a “trial” within s. 11(h) which would preclude the subsequent **Criminal Code** prosecution. The Court looked at the **R.C.M.P. Act** to determine whether, under the discipline code, the officer faced “a true penal consequence”, answering that question in the affirmative. The appeal was allowed, however, with the majority holding that the proceeding under the **R.C.M. P. Act** and that under the **Criminal Code** were not “the same offence” within s. 11(h).

[29] Wilson, J. confirmed that the rights guaranteed by s. 11 of the **Charter** are available to persons prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions (at p. 554), that is criminal or quasi-criminal proceedings and those giving rise to penal consequences (at p. 558).

[30] Helpful here is her consideration of whether the R.C.M.P. proceeding was “in respect of a criminal or penal matter”. She rejected an analysis which was based solely upon the harshness of the sanction (p. 559 “There are many examples of offences which are criminal in nature but which carry relatively minor consequences following conviction. ...”) and, instead, asked whether consequences were “truly penal in nature” (*per* Wilson, J. for the majority, at p. 560 S.C.R.):

This is not to say that if a person is charged with a private, domestic or disciplinary matter which is primarily intended to maintain discipline, integrity or to regulate conduct within a limited private sphere of activity, he or she can never possess the rights guaranteed under s. 11. Some of these matters may well fall within s. 11, not because they are the classic kind of matters intended to fall within the section, but because they involve the imposition of true penal consequences. In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. ...

[31] This lends support to the objective analysis adopted by McDonald, J. in **R. v. T.R., supra**. The nature of the consequence is initially assessed in the context of the purpose of the measure in question, which in **Wigglesworth** was the regulation of conduct within the R.C.M.P. Notwithstanding its stated purpose, if the sanction is of such magnitude that it appears to be directed at redressing a wrong done to society it will be considered “a true penal consequence”.

[32] In **R. v. Shubley**, [1990] 1 S.C.R. 3; S.C.J. No. 1 (Q.L.), in determining whether internal prison disciplinary proceedings engaged the double jeopardy section of the **Charter**, McLachlin, J. (as she then was), for the majority, considered the nature of the proceeding and concluded that the purpose of the disciplinary proceedings was not “to mete out criminal punishment, but to maintain order in the prison.” (p. 20). She endorsed Wilson, J.’s caution in **Wigglesworth, supra**, against too broad an application of s. 11 (at p. 23).

[33] While in **Wigglesworth** and **Shubley** the Court was concerned with an over-expansive interpretation of “offence” as used in the opening words of s. 11, I

would suggest that the same concern applies to assigning an overly broad meaning to “punishment” in s. 11(i). This aligns with Chief Justice Dickson’s caution in **Big M, supra**, (at para. 21 above) “not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question” and to ensure that the interpretation accords with practical considerations.

[34] In his paper “Section 487.055 The Retroactive DNA Data Bank Provisions: A Survey of Constitutional Issues” (Paper presented to the Fifth Annual Canadian Symposium on Forensic DNA Evidence: Pushing the Limits, November 1, 2003) [QL, PDNA/RP-012], John McInnes notes that many conviction-based measures which have significant negative ramifications for an offender, are held to be non-punitive:

¶ 25 Most forms of *ex post facto* treatment that have been considered under s. 11(h) have not been viewed as "punishment". Deportation following conviction is not a further "punishment" within the meaning of s. 11(h): *Re Gittens and the Queen* [[1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438 (F.C.T.D.)]; *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [[1989] 2 F.C. 594 (C.A.)]. A license suspension under provincial law following a conviction for impaired driving was not a "punishment" but rather a "civil disability flowing from conviction": *Johnston v. Superintendent of Motor Vehicles et al.* [[1987] B.C.J. No. 44, 46 M.V.R. 59 (B.C.S.C.)] Assessment of interest and administrative penalties by Revenue Canada for income earned from misappropriated funds when the funds had already been the subject of a fine and restitution order in criminal proceedings, was not "punishment" within the meaning of s. 11(h): *Taylor v. Canada* [[1995] T.C.J. No. 414].

[35] In the **Johnston** case referred to in the above extract, the defendant had been convicted of impaired driving and was prohibited from operating a motor vehicle under s. 242(1)(a) of the **Criminal Code** for three months. Under s.92(2) of the provincial **Motor Vehicle Act** he was prohibited from driving in British Columbia for a period of six months. He argued that the provincial prohibition was double punishment contrary to s. 11(h) of the **Charter**. Wood, J. (pp. 64-65 M.V.R.), citing **Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan**, [1941] S.C.R. 396, concluded that the prohibition was not double punishment. In so doing he adopted a restrictive definition of “punishment” so as to balance the **Charter** ‘s

protection of the individual against the state's legitimate need to address societal interests which are affected by a conviction:

Secondly, I do not think that the framers of the Charter intended to include within the concept of punishment for an offence, as described in s. 11(h), the civil disabilities that may consequentially flow from the conviction of such an offence. The range of punishment which is the subject-matter of s. 11(h) is unquestionably broader than that which Rinfret, J. had under consideration in the *Egan* case, since he was there concerned only with the alleged invasion of the federal power to legislate in relation to the criminal law. It is not necessary to attempt any definition of the limits of that range in this case. Suffice it to say that in my view it would be unreasonable to interpret s. 11(h) in such a way that the imposition of legislatively sanctioned punishment upon conviction for a criminal, or even a quasi-criminal, offence would necessarily foreclose the concurrent or subsequent imposition of civil disabilities resulting from the consequential application of legislation intended to effect some object or purpose other than that served by the legislation creating the offence.

As noted earlier, there are many consequences that reasonably and necessarily ought to flow from a person's conviction of an offence. Those consequences are as many and as varied as the different individual and societal interests which are affected by such conviction. Such interests include those which society seeks to protect through legislation, the effect of which is often to give rise to civil disabilities affecting the person convicted. Unless the concept of punishment in s. 11(h) of the Charter is given a restrictive interpretation, those interests will necessarily be thrown into conflict with the result that some may even be compromised. Any interpretation of the Charter which produces that result should be avoided.

[36] In **Cunningham v. Canada**, [1993] 2 S.C.R. 143 the constitutionality of changes to the **Parole Act**, R.S.C. 1985, c. P-2 were at issue. The facts are summarized as follows at p. 143:

In 1981 the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment for manslaughter. Under the *Parole Act* in force at the time, he was entitled to be released on mandatory supervision after serving approximately two-thirds of his sentence, provided that he was of

good behaviour. In 1986 the Act was amended to allow the Commissioner of Corrections, within six months of the "presumptive release date", to refer a case to the National Parole Board where he has reason to believe, on the basis of information obtained within those six months, that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm. The Parole Board may, if it sees fit, deny release of the inmate. Shortly before his release date, the appellant received a notice that the Commissioner had decided to seek his continued detention. Following a hearing, he was ordered to be detained until his sentence expired, subject to annual reviews.

[37] The issue was whether the 1986 amendment to the **Parole Act** amounted to a denial of the appellant's liberty contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the **Charter**. The Court concluded that Mr. Cunningham had been deprived of a liberty interest but in accord with the principles of fundamental justice. The Court commented, however, that every alleged infringement of a **Charter** right does not attract scrutiny, only those that are "... sufficiently serious to attract **Charter** protection" (per McLachlin J., as she then was, at p. 148). She wrote at p. 151:

I conclude that the appellant has suffered deprivation of liberty. The next question is whether the deprivation is sufficiently serious to warrant *Charter* protection. The *Charter* does not protect against insignificant or "trivial" limitations of rights: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759 (*per* Dickson C.J.); *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 314; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69. It follows that qualification of a prisoner's expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas*, *supra*, at p. 464, there must be a "substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty".

[38] In support of its submission that a **SOIRA** order is not punitive, the Crown cites **R. v. Budreo** (2000), 142 C.C.C. (3d) 225; O.J. No. 72 (Q.L.) (Ont.C.A.), a constitutional challenge to s. 810.1 of the **Criminal Code**. That section allows a court to require a recognizance by any person likely to commit a sexual offence against a child which prohibits that person, for up to one year, from engaging in activities or attending places where children are likely to be present. The restriction may be applied although the person has not committed an offence and has no criminal record.

[39] At issue on the appeal was whether the provision violated s.7 of the **Charter**. The Crown had acknowledged that a s. 810.1 order meets the first branch of the s. 7 test in that it deprives the subject of his liberty. The question was whether that deprivation accorded with the principles of fundamental justice. Mr. Budreo argued that it did not because: (i) s. 810.1 created a status offence; (ii) the section was over-broad; and, (iii) it was void for vagueness. In rejecting the submission that s. 810.1 created a “status based offence”, the Court noted that the purpose of the provision was not to mete out punishment but to prevent crime. It was in that context the court said, *per* Laskin, J.A.:

[30] By these standards, s. 810.1 does not create an offence. Its purpose is not to punish crime but to prevent crime from happening. Its sanctions are not punitive, nor are they intended to redress a wrong; they are activity and geographic restrictions on a person's liberty intended to protect a vulnerable group in our society from future harm.

[40] Thus, every measure impacting upon the behaviour of an individual need not be regarded as punitive rather than preventative.

[41] In **R. v. Beare**, [1988] 2 S.C.R. 387; S.C.J. No. 92 (Q.L.), the provisions of the **Identification of Criminals Act**, R.S.C. 1985, c. I-1, s. 2 and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the **Criminal Code** were subjected to constitutional challenge. That **Act** permits the fingerprinting of suspects who are charged with an indictable offence. There, the court recognized the importance of not placing undue restraint on criminal investigations (at pp. 404 and 410). The fingerprinting requirements oblige an individual to appear at a specific time and place for the purpose of fingerprinting. The alleged violation was to the suspect's liberty interest (**Charter**, s.7). The interference with that interest is not violative of the **Charter** if it accords

with the principles of fundamental justice. In conducting the inquiry the Court recognized the importance of identification techniques in assisting criminal investigations and endorsed a “sense of proportion” in the analysis. LaForest, J., for the Court, wrote at pp. 403-404:

33 The application of s. 2 of the *Identification of Criminals Act* is confined to persons in or deemed to be in lawful custody, who are charged with or have been convicted of an indictable offence. It should be observed that the common law permitted a number of other, in my view more serious, intrusions on the dignity of an individual or persons in custody in the interest of law enforcement. As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In the course of custodial arrest an accused may be stripped. Of particular relevance, height, weight and natural or artificial marks on the body, such as birth marks or tattoo marks, may be used for purposes of identification; see *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.)

These procedures have been permitted because of the felt need in the community to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime. Should fingerprinting be assimilated to these procedures? Many considerations, we saw, argue for that position. Promptitude and facility in the identification and the discovery of indicia of guilt or innocence are of great importance in criminal investigations. This, along with its certitude, which is critical to the criminal justice system, has resulted in the general use of fingerprinting by police forces throughout the world. What really requires determination is whether in the circumstances the process unduly invades the rights of the accused.

In examining this question one must have a sense of proportion. Is the taking of fingerprints any more serious an invasion of the right of a person in custody than examining the person's body for birthmarks and the like? I do not think so and, as I noted, being arrested and charged for an offence seems to me to be more serious. As Augustus Hand J. stated in *United States v. Kelly*, 55 F.2d 67 (2nd Cir. 1932), at p. 70:

It is no more humiliating than other means of identification that have been universally held to infringe neither constitutional nor common-law rights. Finger printing is used in numerous branches of business and of civil service, and is not in itself a badge of crime. As a physical invasion it amounts to almost nothing, and as a humiliation it can never amount to as much as that caused by the publicity attending a sensational indictment to which innocent men may have to submit.

(Emphasis added)

[42] The Court's conclusion that the fingerprinting provisions were constitutional, although applied to persons not yet convicted of a criminal offence, lends support to the proposition that identification procedures are not intrinsically "punitive". Commenting further on the importance of identification in police investigations, LaForest, J. wrote at p. 408:

As already noted, it is appropriate and necessary for peace officers to check, confirm, or establish the identity of accused persons in a wide variety of situations. In urban areas, in particular, individuals are relatively anonymous. Virtually everywhere the population is very mobile. Peace officers themselves relocate and find themselves working in new communities, and thus may fail to recognize even long-time residents. In this social context, the fact that accused persons often try to conceal their true identity or criminal past, and sometimes jeopardize innocent persons in the process, will very frequently justify the imposition of a requirement to submit to fingerprinting. That is what the impugned legislation seeks to do.

[43] At pp. 403-403, the Court rejected the submission that such identification procedures stigmatized the individual:

The Court of Appeal, we saw, found that the impugned provisions constituted an infringement of the right guaranteed by the opening words of s. 7, the majority because fingerprinting offends the "dignity and self-respect" of at least those persons who because of their self-perception or the perception of the community would feel demeaned by being thus treated. In short, the majority thought that being subjected to fingerprinting was to be treated like a criminal. . . .

...

The majority in the Court of Appeal stressed that for many people it is demeaning to be subjected to the process of fingerprinting, and it cannot be denied that for many the process is distasteful. But it must be remembered that the interest of the public in law enforcement necessitates the subjection of the individual to other distasteful procedures. It is distasteful, and extremely so for some crimes, merely to be charged with an offence, to say nothing of the stigma attached to being arrested, detained and required to answer the charge in a public trial. As Chief Justice Dickson has stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20:

An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms.

The stigma attached to such ordinary aspects of law enforcement and the criminal justice system, I would have thought, far outweighs any feeling of indignity attached to having one's fingerprints taken. Yet I do not think that where there is reasonable and probable cause to believe a person has committed an offence, it can be seriously argued that subjecting a person to these procedures violates the principles of fundamental justice

[44] The fact that the fingerprinting provisions were found to be constitutional suggests there is some tolerance for measures which promote legitimate investigatory objectives, even if somewhat disruptive of the liberty interest.

[45] Thus, while the assessment is an objective one, the "effect" of the consequence cannot be evaluated in complete isolation from its purpose. Whether a measure is, in fact, "a true penal consequence" is not determined simply by assessing the seriousness of the impact on the individual. Relatively minor consequences of a criminal offence may be considered "penal" yet those with a more serious impact on the person may be "non-punitive". The question cannot be answered in the abstract, divorced from the context in which the measure arises. I conclude that if the impact of the sanction aligns with its legislative purpose and is not of such magnitude that it reveals, instead, a punitive intent, it is not "punishment".

[46] In summary, I draw the following guidance from the authorities:

- Punishment in s. 11(i) encompasses more than the official sentence of the court;
- In interpreting s. 11(i) one must be alive to practical consideration and not overshoot the purpose of the right;
- The characteristics of punishment generally include some deprivation of liberty; unpleasant consequences; and public condemnation;
- All *ex post facto* treatments of an offender, consequent on conviction, are not viewed as punishment;
- A true penal consequence is one which, by its magnitude, would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society;
- The **Charter** does not protect against insignificant or trivial limitations of rights.

[47] To assist in resolving the issue here I would therefore ask: ‘Objectively, is the impact of the **SOIRA** requirements on an offender such that they appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society rather than to further the objective of helping police services investigate crimes of a sexual nature’?

The Comparison of the SOIRA to the DNA Provisions:

[48] The **SOIRA** provisions are similar in structure to those which establish a DNA bank and authorize the taking of an offender’s bodily substance for the purpose of forensic DNA analysis. Appellate courts in Nova Scotia and Ontario have concluded that a DNA order (s. 487.051 or s. 487.052 **Criminal Code**) is not “punishment”. (See **R. v. Murrins** (2002), 201 N.S.R. (2d) 288; N.S.J. No. 21 (Q.L.)(C.A.); **R. v. Jackpine** (2004), 70 O.R. (3d) 97; O.J. no. 1073 (Q.L.) (Ont.C.A.)). Doherty, J.A. wrote for the Court in **Jackpine**, *supra*:

[28] Both appellants next argue that an order requiring them to provide a sample for DNA databank purposes contravenes s. 11(i) of

the *Charter*. That section provides that where the punishment for an offence has been altered between the time of the commission of the offence and the time of sentencing, the offender is entitled to the benefit of the lesser punishment. The appellants argue that the enactment of a provision providing for the taking of a DNA sample for databank purposes constitutes punishment and that since the provision was not in force when the appellants committed their offences, s. 11(i) forecloses resort to the section against them. The simple answer to this submission is that the taking of the sample is not a punishment anymore than would be the taking of fingerprints or the taking of a photograph of a convicted person: *R. v. Briggs, supra*, at p. 446 O.R., p. 72 C.C.C.; *R. v. Murrins* (2002), 162 C.C.C. (3d) 412, 92 C.R.R. (2d) 285 (N.S.C.A.) at pp. 442-48 C.C.C.

(Emphasis added)

[49] Inevitably, judges wrestling with a constitutional challenge to the **SOIRA** provisions have found guidance in the DNA jurisprudence. The resulting judgements are split, however, on the constitutional status of the provisions. While some, like Burrill, J. in the case on appeal, find the effect of a **SOIRA** order much more intrusive than is a DNA order (see, for example, **R. v. Aberdeen, supra** and **R. v. Have** (2005), 194 C.C.C. (3d) 151; O.J. No. 388 (Q.L.)(Ont. Ct. J.)) others are to the opposite effect (see, for example, **R. v. Rouschop, supra**, and, by analogy, **R. v. Dyck**, [2005] O.J. No. 5313 (Q.L.) (Ont. Sup. Ct. J.)). Most cases challenging the constitutionality of the **SOIRA** provisions have involved an alleged violation of ss. 7 and 8 of the **Charter**. Very few consider the provisions in the context of s. 11(i).

[50] There appears to be consensus that while the taking of a DNA sample is a minimal and fleeting physical intrusion (**R. v. S.A.B.**, [2003] 2 S.C.R. 678, S.C.J. No. 61 (Q.L.)), the depth of information revealed could represent a substantial invasion of the privacy interest (**R. v. R.C.**, [2005] S.C.J. No. 62 (Q.L.) at ¶28). I emphasize “could” because, by policy, the profiles for the DNA bank are taken from non-coding DNA. This so-called “junk” DNA provides no more than a genetic fingerprint of the offender and does not reveal the person’s characteristics in depth, such as an individual’s appearance or propensity for disease (*R. v. F.* (P.R.) (2001), 161 C.C.C. (3d) 275; O.J. No. 5084 (Q.L.) (Ont.C.A.) at ¶20). By comparison, a **SOIRA** order is, in my view, potentially less intrusive of an

individual's privacy, but, has a greater impact on the liberty interest, in that it requires the offender to attend a registration center to provide information, annually and in person. As stated above, the cases divide on whether **SOIRA** orders violate ss. 7 or 8 of the **Charter**.

[51] It is important to conceptually separate a constitutional challenge to the **SOIRA** provisions alleging a violation of the liberty or privacy interest from the s.11(i) issue. In adopting a restrictive interpretation of "punishment" it bears noting that a **SOIRA** order, if not "punishment" within s. 11(i), will nevertheless be subjected to the limits imposed by ss.7 and 8 of the **Charter**.

[52] Of those decisions which deal directly with the s. 11(i) issue, exemplifying the judicial divide are **R. v. Aberdeen, supra** and **R. v. Rouschop, supra**.

[53] In **Aberdeen**, Judge LeGrandeur of the Alberta Provincial Court was persuaded that a **SOIRA** order is "punishment". He wrote:

¶ 69 It is certainly arguable that any one of these impacts may not be sufficiently significant so as to lead to a finding that the making of a reporting order is a "punishment" within the meaning of s. 11(i). However, considered cumulatively the factors and consequences referred to aforesaid are far from trivial. Such an order is coercive and constraining, clearly undermining the individual's autonomy and privacy which are fundamental liberty interests. The significant ongoing nature of the application of the order and its consequences are tantamount to continuing community supervision, even after the primary sentence has been served or completed, such that any order granted under s. 490.012 looks very much like the continuation of the primary sentence which may have been a fine, a suspended sentence or a term of imprisonment. . . .

¶ 70 It seems to me, *prima facie*, when one considers all the aforementioned factors cumulatively, given that reporting orders are sanctioned by law under the *Criminal Code* and *S.O.I.R.A.*, such orders result in an interference with liberty as I have described and clearly impose an extra burden on an accused with respect to reporting and the providing of information, which is coercive in the sense that it is required on pain of criminal sanction; . . .

(Emphasis added)

[54] In support of this finding the judge relies upon a number of presumed effects of the legislation (at ¶ 68): (i) the potential that by reporting in person to the police station the offender may be “marked” or “tracked” by the police; (ii) the “stigma” attached to identifying oneself as a sex offender to the police, annually, “...will undoubtedly attract the attention of the officer or officers which has the real potential of leaving the individual open for greater scrutiny in all activity, not just with respect to investigation of sexual misconduct in society”; (iii) the “stigma” may undermine treatment, rehabilitation and reintegration into society.

LeGrandeur, J. equates the order’s impact to that of a supervision order applicable to a long term offender or to the supervisory requirements attached to a probation order, noting that the time frame for the **SOIRA** reporting exceeds that for either of those two orders.

[55] With respect, I disagree with this reasoning. Any “stigma” suffered by the offender arises from the fact of the sexual assault conviction and is not attributable to the requirement to provide the information required by **SOIRA**. Nor, should there be a stigma, does it render the provisions “punitive” rather than “preventative” (see **Budreo**, *infra*, ¶ 28 “Nor does the stigma that undoubtedly accompanies a s. 810.1 proceeding make the proceeding punitive. That stigma will attach whether the section is preventive or punitive.”).

[56] LeGrandeur, J.’s concern that the offender will be “tracked” or scrutinized by police ignores the significant statutory limitations placed on the use of the information. Sections 8 through 13 of the **Act** address, in detail, the management of the information provided by the offender. Section 8 strictly limits the information which may be registered; the person collecting the information must ensure the offender’s privacy is respected and that the information is kept confidential (s. 9(4)); s. 10 reinforces the limits on the information that may be registered and the requirement that confidentiality be ensured; s. 11 entitles the offender to a copy of all information relating to them that is contained in the database; the offender may request correction of any misinformation (s. 12); the person who collects the information is obliged to make the correction without delay (s. 12); the information relating to a person who is subsequently exempted, acquitted or pardoned must be permanently removed from the database (s. 15); the database is maintained by the Royal Canadian Mounted Police (s. 14); under s. 17(2) it is an offence punishable by fine or imprisonment to use the information in any way not authorized by s. 16 of the **Act**. Registered information may be used only to assist in ongoing

investigations of crimes thought to be sexual in nature. Consequently, the judge's concern that registration would lead to the "marking" and "tracking" of the offender is unwarranted speculation and inconsistent with the provisions of the legislation.

[57] LeGrandeur, J.'s opinion that the reporting requirement would hinder "recovery" of the sex offender, is speculative as well. With respect, there was no evidence before him to that effect, nor, in my view, is it an inevitable consequence of an order.

[58] I do not agree that the **SOIRA** registration requirements equate to "continuing community supervision". As it affects the offender, s. 16(4) of the **Act** strictly limits the use of the information to investigation of a specific sexual crime. The provisions do not licence community supervision of an offender.

[59] In summary, with respect, I do not find the reasoning of LeGrandeur, J. persuasive.

[60] The Crown, on the other hand, relies upon **R. v. Rouschop, supra**. There, P.R. Bélanger, J., in concluding such an order was not punitive, said:

¶ 30 In my opinion, an obligation restricted to the annual provision of information such as that required by the S.O.I.R.A., unencumbered by physical or geographical restrictions of any sort in a confidential process guaranteed by criminal sanction can hardly be described as "severe handling" or "harsh or injurious treatment". While it is no doubt true that knowledge by a sex offender that his location is known to authorities may have a deterrent effect, that is an incidental consequence and is not determinative of the issue. Fingerprinting, photographing or taking of blood samples might similarly be said to have a deterrent effect on individuals contemplating criminal activity. However, appellate courts which bind me have determined that they do not constitute punishment. In any event, the words quoted in bold from *Lambert* (*supra*) have a circular quality when they refer to punishment as "punitive treatment".

[61] After referring to this Court's decision in **Murrins, supra**, the judge continued:

¶ 35 . . . Strictly speaking the order does not limit future behaviour in the way that a parole order, probation order, weapons order, driving

prohibition order, a prohibition order under CC s. 161, etc. can. It merely imposes an obligation to provide statistical information periodically albeit that obligation can be imposed for a very long time. The obligations imposed in my view cannot be fairly described as constituting a significant deprivation or a hardship.

[62] The Crown cites, as well, the recent decision of Hambly J. in **R. v. Dyck, supra**. At issue was the Ontario provincial legislation known as *Christopher's Law*. *Christopher's Law* creates a sexual offender registry not unlike the **SOIRA** but without a similar exemption provision. Every sexual offender resident in Ontario who has committed one of several designated offences must register. Before Hambly, J. was an appeal from the order of Hearn, J. of the Ontario Court of Justice (2004), 187 C.C.C. (3d) 73; O.J. No. 2842 (Q.L.) (Ont. Ct. J.) wherein he found that the legislation violated s. 7 of the **Charter**. It was argued that *Christopher's Law* was not valid provincial legislation because it was criminal law and therefore within exclusive federal jurisdiction. On this issue, Hearn J., in the lower court, had held that the law was not criminal in nature in that the registration requirement of *Christopher's Law* was preventative not punitive ([2004] O.J. No. 2842 (Q.L.) at ¶ 49).

[63] In allowing the appeal, Hambly, J. agreed that *Christopher's Law* was not an intrusion into the field of criminal law and thus valid provincial legislation. In conducting the s. 7 analysis Hambly, J. commented as follows:

¶ 93 What these cases demonstrate in my view is that the intrusion into a person's privacy rights by compelling him to submit to the taking of a bodily substance for DNA analysis is very serious. In my view the intrusion on a person's liberty by the requirements of *Christopher's Law* is much less serious. There is no seizure of a bodily substance. A person is required to report to the police annually unless he moves. He provides his address and other basic identifying information. The requirements are not significantly greater than the information required by the Ministry of Transportation for the renewal of a driver's license or a validation sticker for a motor vehicle license or by the Ministry of Health for a health card. A person must keep his address current with a multitude of government agencies and professional service providers.

[64] Hambly, J. concluded that *Christopher's Law* neither violated s. 7 of the **Charter** nor was it punishment within s. 11(i). In so doing he was guided by the

decisions of the Ontario Court of Appeal in **R. v. Briggs** (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; O.J. No. 3339 (Q.L.); this Court in **Murrins**, *supra*, as well as that in **Budreo**, *supra*.

[65] In **Murrins** I wrote, for the Court:

[107] I am not persuaded that the ordering of a DNA sample is "punishment" within the meaning of s. 11(i) of the Charter. Its impact on the offender is not comparable to the control central to imprisonment, house arrest or even reporting. It does not constitute a deprivation or hardship such as that which accompanies a restitution order, a fine or even a firearms prohibition. In no direct way does the order put limits upon the future behaviour of the offender. I do not agree that it constitutes "severe handling" or "harsh treatment". Nor is it a direct consequence of the conviction. The court cannot order a DNA sample on its own motion - there must be an application by the Crown. It is not within the range of tools from which the judge may craft the sentence.

[66] Similarly, a **SOIRA** order does not, in any direct way, put limits on an offender's future behaviour. He must annually appear in person to provide current contact information. Objectively, that obligation is not burdensome. A significant measure of privacy and confidentiality attaches to the reporting and preservation of the information provided. The informational content is not highly personal, indeed, no more than what may be required to obtain a credit card or driver's licence or on the filing of an income tax return. The fact that the databank contains current information about the offender's residence may be a factor which dissuades some from re-offending. I am not persuaded, however, that such is a direct, intended or inevitable consequence of the order.

[67] Mr. Cross says the reporting required under a **SOIRA** order renders it the equivalent of a probation order. I disagree. There are important distinctions. Firstly, a probation order contains, at least, the statutory conditions to keep the peace and be of good behaviour; to appear before the court when required and to notify the court or a probation officer of any change of address (in advance) and of any change in employment or occupation (promptly) (s. 732.1(2) **Criminal Code**). The offender who breaches the requirement to keep the peace and be of good behaviour is subject to the double risk of prosecution for breach of that condition

and alteration of his original sentence (s.732.2(5) **Criminal Code**). Breach of a **SOIRA** order exposes an offender only to prosecution for that offence.

[68] Secondly, a **SOIRA** order does not authorize the probing inquiries that may be made of an offender by a probation officer. Under the reporting provisions of a probation order, an offender may be required to disclose details of his associates, his movements in the community, his consumption of alcohol or illegal substances, his employment plans and prospects and to generally account for his daily activities.

Foreign Sex Offender Legislation:

[69] Registries of sex offenders have been in place in both the United Kingdom and in various states of the United States (as well as federally) for some time.

[70] The first sex offender registry legislation was established in the United Kingdom in 1997. This was replaced in 2003 with the **Sexual Offences Act 2003**, 2003 Chapter 42. This **Act** is similar to the **SOIRA**, however, the registration requirements apply automatically on conviction. Significantly, an order under the U.K. **Act** has been recognized by the courts as non-punitive (see, for example, **Ibbotson v. United Kingdom** (1998) 27 EHRR CD 332).

[71] Ibbotson, a British citizen, had been convicted and sentenced on a number of sex offences before the coming into force of the **Sex Offenders Act 1997**, 1997 Chapter 51. He claimed that the requirement to register with the police under the reporting provisions of the U.K. **Act** amounted to the imposition of a heavier penalty than that which was applicable at the time the criminal offence was committed contrary to Article 7 of the **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, 4 November, 1950, 213 U.N.T.S. 221. Article 7(1) provides:

No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

[72] The question before the European Commission on Human Rights was whether the impact of the **Act** on the applicant could be considered a “penalty” within the meaning of Article 7. That Article provides:

. . .the starting point of any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question was imposed following a conviction for a “criminal offence”. Other relevant factors are the nature and purpose of the measure in question, its characterisation in domestic law, the procedures involved in the making and implementation of the measure and its severity.

[73] Rejecting an assessment based on the subjective view of the applicant offender that the provisions were punitive, the Commission held that the registration requirements were preventative, noting that the offender was not required to furnish information which would not otherwise be in the public domain and that a requirement to register with the police was not, in its nature, punitive.

[74] In a similar case **Adamson v. United Kingdom** (1999) 28 EHRR CD 209, the Commission rejected as sufficient to establish that the registration requirement has a punitive effect, the applicant’s argument that registration with the police was punishing because “. . .it is “depersonalising”, robbing him of his “ability to reinvent [him]self and start a new life.” There was no evidence that the applicant was at particular risk of public humiliation or attack as a result of the registration requirements.

[75] In **Smith v. Doe** 538 U.S. 84 (2003), the Court addressed a challenge to the Alaska **Sex Offender Registration Act**. The Alaska **Act** required sex offender residing in the state to register. Much of the information provided on registration, including an offender’s name and address, was to be made public. The offender applied for relief from the registration requirements on the basis that the application in his circumstances amounted to retroactive punishment.

[76] Finding that nothing on the face of the statute suggested the legislature intended to create other than a civil scheme designed to protect the public from harm, the court considered the effect of the **Act**.

[77] Using an analytical framework from **Kennedy v. Mendoza-Martinez**, 372 U.S. 144, 168-169, 9 L. Ed. 2d 644, 83 S. Ct. 554 (1963), the majority of the Court concluded that the provisions were not punitive for the following reasons: (i) The

creation of such registries is a relatively new phenomenon and is not a traditional means of punishing offenders - the court rejected the submission that the public disclosure of the information was akin to shaming - any stigma resulted from the fact of conviction for a sexual offence, which was a public record; (ii) Registration does not impose any physical disability or restraint which would warrant a comparison to imprisonment - it does not limit an offender's activities but leaves him free to change jobs or residence (the Alaska system does not require in person updates of the information); (iii) Registration is not comparable to probation or supervised release because the offenders are free to move as they wish and to live and work with other citizens, with no supervision - "Probation and supervised release entail a series of mandatory conditions and allow the supervising officer to seek the revocation of probation or release in case of infraction." ... (¶ 37) - "A sex offender who fails to comply with the reporting requirement may be subjected to a criminal prosecution for that failure, but any prosecution is a proceeding separate from the individual's original offense. ..." (¶ 37). The fact that registration may deter crime and that deterrence is one goal of punishment, does not mean that the registration system is punishment; (iv) The **Act** does not promote the traditional aims of punishment; (v) The **Act's** rational connection to a non-punitive purpose was a most significant factor in the majority's conclusion that it was not punitive. The **Act** has a legitimate connection to a non-punitive goal — public safety — to alert the public to the risk of sex offenders in their community; (vi) The regulatory scheme is not excessive relative to the **Act's** purpose.

[78] Stevens, J., dissenting, saw the statute as imposing "significant affirmative obligations and a severe stigma" to every person to whom the registration requirements apply. Stevens, J. described those obligations in detail:

¶61 . . .an offender who has served his sentence for a single, nonaggravated crime must provide local law enforcement authorities with extensive personal information -- including his address, his place of employment, the address of his employer, the license plate number and make and model of any car to which he has access, a current photo, identifying features, and medical treatment -- at least once a year for 15 years. If one has been convicted of an aggravated offense or more than one offense, he must report this same information at least quarterly for life. Moreover, if he moves, he has one working day to provide updated information. Registrants may not shave their beards, color their hair, change their employer, or borrow a car without reporting those events to the authorities. Much of this registration

information is placed on the Internet. In Alaska, the registrant's face appears on a web page under the label "Registered Sex Offender." His physical description, street address, employer address, and conviction information are also displayed on this page.

[79] He opined that the registration and reporting duties were comparable to those imposed on other convicted offenders during periods of supervised release. He said:

¶63 It is also clear beyond peradventure that these unique consequences of conviction of a sex offense are punitive. They share three characteristics, which in the aggregate are not present in any civil sanction. The sanctions (1) constitute a severe deprivation of the offender's liberty, (2) are imposed on everyone who is convicted of a relevant criminal offense, and (3) are imposed only on those criminals. Unlike any of the cases that the Court has cited, a criminal conviction under these statutes provides both a sufficient and a necessary condition for the sanction.

[80] Justices Breyer and Ginsberg dissented as well. In their opinion, the **Mendoza- Martinez** analysis resulted in a conclusion that the registration requirements were punitive because they did not require an individual assessment of dangerousness.

[81] Burrill, J. indicated a preference for the dissenting opinion of Stevens, J. and quoted, with approval ¶ 63 from the **Smith** reasons. The trial judge did not, however, acknowledge that the reporting requirements of the Alaskan legislation are substantially more demanding and intrusive than those of the **SOIRA**, as is evident from Steven, J.'s summary in ¶ 61, above.

[82] The positions of the minority and majority in **Smith v. Doe, supra**, are not unlike the differences of opinion among the judges of the various Canadian jurisdictions. There are those who see the **SOIRA** requirements as clearly punitive, and those, who, with equal conviction, disagree. There is no bright line and it would be disingenuous to suggest otherwise.

[83] While foreign law is not determinative in assessing whether the **SOIRA** provisions equate to punishment, the above judgments reveal that the majority of

judges who have considered similar or more onerous provisions have concluded that they are not “punitive”.

Summary:

[84] A number of factors cause me to conclude that a **SOIRA** order is not “punishment” within s. 11(i) of the **Charter**:

1. The order is not a direct consequence of conviction - a judge cannot on his or her own motion, when crafting a sentence, include a **SOIRA** order. Such can only be done on application of the prosecutor;
2. The requirement to initially report in person and, thereafter, report annually, while an inconvenience does not equate to severe handling or harsh treatment;
3. The reporting of temporary absences from one’s residence can be done by registered mail - at most an inconvenience;
4. The information to be provided is not of a highly personal nature and is that which is routinely collected by many other entities and would normally be available to the authorities with some searching;
5. The creation of the registry has a logical connection to a legitimate non-punitive goal - the efficient investigation of crime and the conservation of scarce investigative resources.
6. The fact that the collection and use of the information by the authorities is strictly controlled and available only for investigation of specific crimes lends support to the **Act’s** stated objective of crime solving.
7. That the requirement of registration may deter an offender from re-offending is not a direct or inevitable consequence of registration.
8. Where the registration requirements would be particularly burdensome for an offender and approach a punitive sanction, the exemption provision provides relief from its operation.
9. The **SOIRA** requirement to provide contact information to the authorities, does not equal the intrusiveness of the reporting required under a probation order.

10. The consequences of an order do not align with the traditional *indicia* of punishment - there is no confinement or other than a trivial interference with liberty; there is no stigma attached nor a general deterrent effect - the provision of the information is done in confidence and the informational content held secure and private; the order is not directed at ensuring compliance with the law.

[85] There may be an unusual case where, due to the unique circumstances of the offender, the impact of the order could constitute the "severe handling" or "harsh treatment" that is characteristic of punishment. In such an event, the exemption provision would suffice to relieve the offender from such effect:

490.012 (4) The court is not required to make an order under this section if it is satisfied that the person has established that, if the order were made, the impact on them, including on their privacy or liberty, would be grossly disproportionate to the public interest in protecting society through the effective investigation of crimes of a sexual nature, to be achieved by the registration of information relating to sex offenders under the *Sex Offender Information Registration Act*.

[86] The exemption section succeeds in striking an appropriate balance between individual rights and societal interests. It is a "constitutional compromise" which, in this context, addresses the need to assist and streamline criminal investigations yet protect offenders from the unfairness of subjecting them to harsh or severe sanctions not contemplated at the time of the offence (see **R. v. Araujo**, [2000] 2 S.C.R. 992 at ¶ 26; **R. v. Duarte**, [1990] 1 S.C.R. 30 at ¶23 to 25; and **R. v. R.C.**, *supra* at ¶ 21). I am satisfied that the exemption clause provides adequate protection in the exceptional situation where the impact of the order on the offender could otherwise be punitive.

DISPOSITION:

[87] In my view, the judge erred in law by not making the order on the record before him. There was no evidence before the judge that would bring Mr. Cross within the exemption provision (s. 490.012(4)).

[88] I would allow the appeal and direct that an order issue under s. 490.012 (1).

Bateman, J.A.

Concurred in:

MacDonald, C.J.N.S.

Roscoe, J.A.

2012 CarswellOnt 17498
Ontario Superior Court of Justice

Please see in particular
paras. 3 and 7

R. v. Domfoam Inc.

2012 CarswellOnt 17498

Her Majesty the Queen v. Domfoam Inc. and Vallefoam Inc.

L. Ratushny J.

Heard: January 5, 2012

Judgment: January 5, 2012

Docket: Ottawa 12-30002

Counsel: Mr. R. Morin, for Crown
Mr. B. Heller, for Accused

Subject: Corporate and Commercial; Criminal

Headnote

Commercial law --- Trade and commerce — Competition and combines legislation — Competition offences and reviewable practices — Conspiracy — Limiting competition unduly

Two corporations charged with four counts of conspiracy under s. 45.1 and s. 45.2 of Competition Act — Corporations pleaded guilty — Sentencing hearing held — Corporations fined \$12.5 million, payable in equal amounts by each corporation except for fine relating to fourth count, which was to be paid \$750,000 by one corporation and \$1.25 million by other corporation — Corporations accepted responsibility and had been cooperative — Corporations pleaded guilty, had no criminal record and had not attempted to shield assets — General deterrence and denunciation were main principles — Eleven year length of activity and that it was carefully planned were aggravating factors, along with scope of activity, amount of money involved and attempts to conceal wrongdoing.

Table of Authorities

Statutes considered:

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34

Generally — referred to

s. 45 — considered

s. 45(1)(a) — referred to

s. 45(1)(c) — referred to

s. 45(2) — referred to

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

s. 718.21 [en. 2003, c. 21, s. 14] — considered

Justices of the Peace Act, R.S.O. 1990, c. J.4

Generally — referred to

SENTENCING of corporations for offences under Competition Act.

L. Ratushny J.:

1

THE COURT: Good afternoon.

MR. HELLER: Good afternoon, Your Honour. My name is Brian Heller. I'm here on behalf of my lawfirm Heller Rubel and I'm counsel both for Domfoam International and Vallefoam.

THE COURT: Thank you.

MR. MORIN: Good afternoon, Your Honour. I am Robert Morin. I'm with the Public Prosecution Service of Canada, here on behalf of the Director of Public Prosecutions.

THE COURT: Thank you. And I'm sorry, sir, Mr. Heller?

MR. HELLER: Yes, please - H-E-L-L-E-R, first name, Brian.

THE COURT: Yes. Thank you. And who is in the courtroom today in terms of your clients?

MR. HELLER: Nobody. I'm authorized on behalf of the clients to enter pleas to the counts that will be contained in the Information and Indictment. And, Your Honour, I've taken the liberty of providing to Madam Registrar a copy of the two authorizations for me to plead guilty. I don't know if you would want to see those.

THE COURT: I think that's very appropriate.

MR. HELLER: Thank you. And there's a spare copy that with your permission I would ask be filed as exhibits. I've also provided a copy of those - I will provide a copy of those authorizations to my friend, Mr. Morin.

THE COURT: Thank you. And I understand, Mr. Morin, you have filed a signed copy of the Indictment in the same form as the draft that I've been provided?

MR. MORIN: I will file a copy.

THE COURT: Oh - you haven't yet.

MR. MORIN: And I should point out with respect to the signed copy of the Indictment...

THE COURT: Yes?

MR. MORIN: I have made one amendment. In count one and three, Your Honour...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ...I have deleted - as it was just recently brought to my attention that Foamex Canada Incorporated should not have been named as a party in count one and three.

THE COURT: Only.

MR. MORRIN: Correct.

REGISTRAR: So that's on consent that that company can be deleted from counts one and three?

MR. MORIN: Yes.

MR. HELLER: Yes.

MR. MORIN: May I file the signed copy?

THE COURT: Yes. Thank you.

MR. MORIN: Thank you.

THE COURT: And with that the Indictment is before me as signed amended on consent, although it doesn't contain the amendment any further. Does your authorization from the company - oh - no, it does include, does it - no, it includes the change to the charge in counts one and three. Is that correct?

MR. HELLER: No, it does not include the change because the change was discovered this morning. What I can tell you is that I consider - subject, of course, to your direction - but I consider the authorization to be, nonetheless, valid because all it does is remove one of the parties as opposed to make it any worse -

THE COURT: I actually don't see...

MR. HELLER: Oh - that's interesting. There were many, many copies. Well, there you go. So it's taken care of. Thank you for pointing that out to me, Your Honour.

THE COURT: And I will simply file the resolutions from the Directors of each company as exhibits one and two.

2 *EXHIBIT NUMBER ONE*: Authorization from Domfoam Incorporated - produced and marked

3 EXHIBIT NUMBER TWO: Authorization from Vallefoam Industries 1995 Incorporated - produced and marked

MR. HELLER: Thank you. Now if I may, Your Honour, and I'm in your hands - but recognizing that we haven't appeared yet in front of any court...

THE COURT: Yes.

MR. HELLER: ...in this matter, my friend has an Information and we weren't sure procedurally how you wanted to proceed. But I was prepared, if we put the Information before you, bearing in mind that you're, of course, I'm not telling you things with respect that you already know, but you're also *ex officio* a Justice of the Peace...

THE COURT: Oh...

MR. HELLER: ...so according the Justices of the Peace Act - so with your permission wondering whether or not it would be appropriate to have the election put to me, whereupon I would elect to be tried by a judge without the benefit of her preliminary inquiry, and my friend would then have the Indictment before the Court and the Court could then proceed on that Indictment.

THE COURT: I think that is appropriate and thank you for raising that.

MR. HELLER: Thank you.

THE COURT: Please go ahead.

MR. HELLER: And with your permission again, I'm sorry to keep on interrupting...

THE COURT: Yes.

MR. HELLER: ... I'm prepared to dispense with the reading, if that's your view of things.

THE COURT: Yes, thank you.

MR. HELLER: So with respect to - assuming that it has been read and would be put to our election, the defendants elect to be tried by a judge without a jury and without the benefit of a preliminary inquiry.

THE COURT: Thank you. And on that basis, there would have been a committal on those counts and the matter would have, and is before me now, in valid form. And I think, however, that there should be an arraignment...

MR. HELLER: Thank you.

THE COURT: ...on the Indictment. Is there anything else procedurally that...

MR. HELLER: No, I don't think so. Thank you.

THE COURT: ... that we have missed?

MR. HELLER: Thank you very much, Your Honour.

THE COURT: Thank you. Go ahead, Madam Registrar.

REGISTRAR: Domfoam International Incorporated and Vallefoam Industries 1995 Incorporated, you are charged that between the 1st day of January in the year 1999 and the 11th day of March in the year 2010, at the city of Toronto in the said region of Toronto and at the city of Montréal, the District of Montréal, Province of Québec and elsewhere in Canada did, unlawfully conspire, combine, agree, or arrange with Carpenter Canada Company, Vitafoam Canada Incorporated and other companies and individuals known and unknown to prevent or lessen unduly competition in the sale or supply of carpet cushion foam in Canada, thereby committing an indictable offence contrary to Section 45.1 paragraph (c) of the [Competition Act](#);

4 And further that between the 1st day of January in the year 1999 and the 11th day of March in the year 2010 at the City of Ottawa, in the said Region of Toronto, at the city of Montréal District of Montréal, Province of Québec and elsewhere in Canada did, unlawfully conspire, combine, agree, or arrange with Foamex Canada Incorporated, Carpenter Canada Company, Vitafoam Canada Incorporated and other companies and individuals known and unknown, to prevent or lessen unduly competition in the sale or supply of slab foam in Canada, thereby committing an indictable offence contrary to [section 45.1, paragraph \(c\) of the Competition Act](#);

5 And further that between the 12th day of March in the year 2010 and the 27th day of July in the year 2010 in the city of Toronto in the said Region of Toronto, at the City of Montréal, District of Montréal, Province of Québec and elsewhere in Canada, did unlawfully conspire, agree, or arrange with Carpenter Canada Company, Vitafoam Canada Incorporated and other companies and individuals known and unknown, to fix the price for the supply of carpet cushion foam in Canada, contrary to [Section 45.1, paragraph \(a\) of the Competition Act](#), and did thereby commit an indictable offence pursuant to Section 45.2 of the Competition Act;

6 And further that between the 12th day of March in the year 2010 and the 27th day of July in the year 2010, at the City of Toronto in the said Region of Toronto, at the City of Montréal, District of Montréal, Province of Québec and elsewhere in Canada, did unlawfully conspire, agree or arrange with Foamex Canada Incorporated, Carpenter Canada Company, Vitafoam Canada Incorporated and other companies and individuals known and unknown, to fix the price for the supply of slab foam in Canada, contrary to [Section 45.1, paragraph \(a\) of the Competition Act](#), and did thereby commit an indictable offence pursuant to Section 45.2 of the Competition Act.

7 They are all straight indictable offences, and on today's date the accused elected trial by Superior Court of Justice, Judge alone, and they waived a preliminary hearing. Plea to these four charges?

MR. HELLER: I'm authorized by the defendants to enter a plea of guilty to all counts.

THE COURT: Thank you, Mr. Heller.

MR. HELLER: Thank you very much.

THE COURT: Mr. Morin? You have filed a Statement of Admissions in advance for my perusal. Do you wish to have it filed formally now in the court file?

MR. MORIN: Yes, please. Mr. Heller, and I have both signed the Statement of Admissions...

THE COURT: Thank you.

MR. MORIN: ...on the last page, so with your permission, if I may file this as an exhibit?

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: Thank you.

THE COURT: It will be Exhibit Three.

8 *EXHIBIT NUMBER THREE*: Agreed Statement of Facts -produced and marked

THE COURT: This is in the same form as forwarded to me?

MR. MORIN: Correct - yes, there are no changes to this. Would you like me to briefly go over some of the main points...

THE COURT: If there is something...

MR. MORIN: ...in the Statement of Admissions?

THE COURT: ...you feel you need to, I understood it. It's well organized. I don't think you need to...

MR. MORIN: Okay.

THE COURT: ...unless you feel there is something that you want to bring to my attention.

MR. MORIN: No, not with respect to the Statement of Admissions, Your Honour. However, I would like to file a signed copy of the sentencing submissions.

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: And there is one aspect of the sentencing submissions that I would like to bring to your attention.

THE COURT: And I do have some questions.

MR. MORIN: Okay. Thank you.

THE COURT: Is there any comment on the Statement of Admissions from your clients, Mr. Heller?

MR. HELLER: Thank you. No, Your Honour. I would like the opportunity to have a very quick word with my friend, but my clients are aware of the content of the statement and know that it's going to be filed.

THE COURT: All right. Thank you.

MR. HELLER: Thank you.

THE COURT: Please have that word.

MR. HELLER: Thank you very much. Thank you, Your Honour.

MR. MORIN: Thank you.

THE COURT: And with that Statement of Admissions, which I have read in advance, are you inviting me to make a finding of guilt on all four counts?

MR. MORIN: Yes, I am, Your Honour.

THE COURT: And did you wish to make any comments in advance of that? I don't think they are necessary.

MR. MORIN: No.

THE COURT: All right. I have read the statement of admissions, and I agree that based on those agreed facts and admissions that the essential elements have been proved beyond a reasonable doubt for each of the offences, and I therefore make a finding of guilt on each of the four offences.

MR. MORIN: Thank you, Your Honour.

THE COURT: And with that I'll allow you to go forward with your sentencing submissions in the order as you wish.

MR. MORIN: Thank you, Your Honour. I'll first proceed, with your permission, to file a signed copy...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ...of the sentencing submissions.

MR. MORIN: I would like to point out, however, I have made two non-substantive edits...

THE COURT: M'hmm.

MR. MORIN: ... to the submissions. One was a typo in paragraph four. I just added the word "on" after impose...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ...and corrected the name of Domfoam from an "N" to an "M". And also, the other change was in paragraph 29. I simply deleted the one repetitive sentence regarding Valiefoam Industries making the initial payment.

THE COURT: Yes. Thank you.

MR. MORIN: Okay. So if I may file the signed version, Your Honour?

THE COURT: Thank you.

MR. MORIN: Thank you.

THE COURT: No problems with that, Mr. Heller?

MR. HELLER: No, not at all.

THE COURT: Good. Thank you.

REGISTRAR: Exhibit Number Four.

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: Thank you.

9 *EXHIBIT NUMBER FOUR*: Signed copy of sentencing submissions - produced and marked

THE COURT: Is there anything else you wish to...

MR. MORIN: Yes. If I could just briefly, make a few submissions on the sentencing submissions, Your Honour?

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: I'll just give a brief overview of the fine, and then in particular I'd like to expand on one of the points in the sentencing submissions in particular point - [paragraph 13 \(d\)](#) on the bottom of page seven with respect to the financial state...

THE COURT: Yes. Oh - the financial state - yes.

MR. MORIN: ...of the accused. Yeah, I would like to provide a bit more context about in submissions.

THE COURT: Yes, that's concerning.

MR. MORIN: Okay.

THE COURT: Especially when a fine amount is being ordered, ability to pay is one of the considerations.

MR. MORIN: Exactly, so I would like to expand on that.

THE COURT: I also have a question - just to warn you in advance - as to the application - and I assumed from your submissions that both the old and the new [section 45](#) applies because of the time period involved. Is that...

MR. MORIN: Correct.

THE COURT: ...correct? All right. And that's why you have included them and focused on the issue of "lessen competition unduly"?

MR. MORIN: That's correct, Your Honour.

THE COURT: Okay. All right. Go ahead.

MR. MORIN: So, very briefly, and as you are already aware, Your Honour, this is a joint submission on the sentence, for a total sentence of 12.5 million dollars Canadian, of which Vallefoam is to pay 6.5 million of that amount and Domfoam 6 million.

10 If this Court accepts this joint sentencing submission, it is submitted that the fine imposed should be paid using a payment schedule as outlined in paragraph 29 of the submissions...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ...and in coming to the jointly agreed upon fine amount. Various factors have been considered with respect to [Section 718.21 of the Criminal Code](#) as well as those factors relevant to matters under [Section 45](#) - or jurisprudence under [Section 45 of the Competition Act](#).

11 I won't go into the details of those factors, unless Your Honour has questions.

THE COURT: I have reviewed for my own purposes factors considered to be aggravating circumstances and those in mitigation, and I have no disagreement with them.

MR. MORIN: Okay. Thank you.

12 Now, it's important to recognize - and as outlined in the sentencing submissions - that the fine reflects Domfoam and Valle's cooperation to date...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ...as well as their acceptance of responsibility. And this has been considered an important mitigating factor.

13 Now with respect to the actual amounts of the jointly recommended fine for each of the corporations on each of the counts, I'd like to briefly walk through those.

THE COURT: M'hmm.

MR. MORIN: The 12.5 million dollar aggregate fine we are proposing that it be broken down as follows: as noted in the sentencing submissions, for count one, the fine should total 5 million, and we are submitting that of that 5 million, 2.5 million be imposed on Domfoam and 2.5 million be imposed on Vallefoam.

THE COURT: At 2.5 each?

MR. MORIN: Right - yes. For count two...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ... we are proposing that the total fine be 5 million, again, of which 2.5 million would be imposed on Domfoam and 2.5 million be imposed on Vallefoam.

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: For count three, of which the total fine we are submitting should be \$500,000 -250,000 of that should be imposed on Domfoam and \$250,000 of that be imposed on Vallefoam.

With respect to count four...

THE COURT: Yes.

MR. MORIN: ... it is submitted that \$750,000 of the \$2 million total should be imposed on Domfoam, and \$1,250,000 of that should be imposed on Vallefoam.

14 Unless, Your Honour, has questions with respect to those amounts, I would like to make submissions on the ability - or potential ability to pay issue.

THE COURT: Your total is 12.5, is it? You've done your mathematics?

MR. MORIN: Correct.

THE COURT: Thank you. Yes - ability to pay. Please go ahead.

MR. MORIN: Okay. As indicated in [paragraph 13 \(d\)](#) on the bottom of page seven of the sentencing submissions, there is evidence that the economic fundamentals of the foam industry in Canada are currently in poor shape, and as a result, Domfoam/Valle's business prospects are in dire shape. Despite the joint submission on the fine and payment schedule, which is meant to give Domfoam/ Valle time to pay, so as to alleviate any financial hardship, it is my understanding that owing to the dire business prospects of Domfoam/Valle, it may still not be able to pay the submitted fine in its entirety.

15 Nonetheless, in matters under [Section 45 of the Competition Act](#), courts have repeatedly emphasized the sentencing principle of general deterrence and that the fine must not be a mere license fee or cost of doing business. This principle was recently supported in the 2009 case of *DataCom Marketing Incorporated*, which Your Honour will find at tab 20 of the Book of Authorities. While not a [Section 45](#) case, *DataCom* is a [Competition Act](#) case, and very much reflective of the core sentencing principles relevant to [Section 45](#) cases. In *DataCom*, Justice Nordheimer of the Ontario Superior Court of Justice, Toronto Region, fined the respective Corporation \$15 million, in light of \$12.9 million of ill-gotten gains, and despite the fact that the corporation professed an ability to pay of only \$250,000.

16 With respect to reconciling the sentencing principle of deterrence, with ability to pay, Justice Nordheimer in paragraph 29 of that case -he asks himself, "What is to be accomplished by imposing a fine on a corporation that is clearly unable to pay?"

17 In response to his own question, and in that same paragraph, Justice Nordheimer states that, Doing so serves two purposes. One of which is to give notice to other corporations who may have the ability to pay that the consequences of illegal activities will not be restricted to the disgorgement of the ill-gotten gains. In other words, the fine is meant to send a message to other companies that the penalty for illegal activity will not be treated as a license fee or cost of doing business and that there are consequences.

18 To this end, Your Honour, I submit that despite any possible ability to pay concerns that Domfoam/Valle may have, the mutually agreed upon fine and terms of payment in this matter are

still appropriate, and if I'm not mistaken, Your Honour, my friend, Mr. Heller, adopts the reasoning in *DataCom*.

19 And thank you, Your Honour. Those conclude my submissions.

THE COURT: I'll see if I had other questions. No, I did not.

MR. MORIN: Thank you, Your Honour.

THE COURT: Mr. Heller.

MR. HELLER: Thank you, Your Honour. I do indeed adopt my friend's submission, particularly in the circumstances of this case. It has some unique factors in it that led us to take that position.

20 I should say that Domfoam and Vallefoam have been cooperating with the investigation and what we, of course, assume will be a prosecution of others and we are committed to continue to cooperate with the Competition Bureau, and I feel it important to emphasize our commitment, no matter what happens to the company financially. That commitment has been made to them. We intend on following it.

21 Unless you have any questions of me, Your Honour, those are my submissions.

THE COURT: I thank you.

MR. HELLER: I should say that we are in possession of the initial payment of \$500,000.

THE COURT: Oh - yes. I was going to ask, what "forthwith" means more specifically?

MR. HELLER: That means with respect today, as soon as I walk out of his courtroom.

THE COURT: Thank you.

MR. HELLER: Thank you.

THE COURT: And does that actually mean today or before the close of business tomorrow?

MR. HELLER: No, it's today.

THE COURT: Today.

REGISTRAR: Unfortunately, it will be tomorrow, because I believe that office is closed at four o'clock.

MR. HELLER: I'll make the necessary arrangements.

THE COURT: Okay.

MR. HELLER: Thank you.

THE COURT: If I could ask one additional question of you, Mr. Heller, and that is related to the comments from Mr. Morin flowing out of the *DataCom* case, where, in spite of a \$15 million fine, *DataCom* was - I presume had made some submissions that they could only make 250,000 available. Do you have any comments in that regard as to your client's ability - Domfoam and Vallefoam - their ability to pay?

MR. HELLER: The fact that we drew *DataCom* to your attention was very intentional on both of our parts. We wanted to ensure that the Court not be misled as to the true state of financial affairs at the companies. We recognize that \$12.5 million is absolutely in line with somebody or a corporation that holds first place spot in the Bureau's leniency program - half of what the fine might have otherwise been. And we recognize that through a variety of negotiations with the Bureau, that we believe the submission that a fine of \$12.5 million is appropriate, is reasonable in all of the circumstances of this case.

22 The condition of the company is so dire that I'm not even in a position to say "Well we'd be happier if we had to pay 1 million instead of 12.5 million" and frankly, and in all candour, doesn't matter with respect to the state of the two companies. But we are bound, we believe, by the principles set out - and bound with a small "b", of course, the Court's not bound, but what Justice Nordheimer had to say in *DataCom*, but we recognize, Mr. Morin and I, the logic of what Justice Nordheimer was trying to say in that case. We recognize its applicability, with respect in this case, if the Court was prepared to adopt it. So I appreciate, of course, the question of me -long winded answer on my part but - no, I don't have any submissions to make as to the appropriateness of the lower fine in this case, in the circumstances.

THE COURT: Or of the financial ability of your clients to pay a proportion of the proposed amount.

MR. HELLER: Well, the clients are certainly able to pay the \$500,000...

THE COURT: Yes.

MR. HELLER: ... that they've undertaken to pay. I would be astounded - astounded if they were to pay anything more of the fine that this Court is going to impose. And as part of our candour with the Bureau, we've made it clear to the Bureau throughout, what the state of affairs are. Everything has been transparent from the word "go".

THE COURT: Which has assisted in this resolution today.

MR. HELLER: It's assisted in the resolution and it's assisted on a much larger scale, investigatively as well.

THE COURT: Okay.

MR. HELLER: There are a number of - I believe that the law enforcement agency in this case is content beyond with our cooperation and will continue to be so.

THE COURT: I thank you. I understand those submissions. And thank you, Mr. Heller. Mr. Morin, did you want to add anything in that regard? There are provisions, of course, in the fine order for the next step in default of payment. But you're not leaping forward to that next step. What will be will be if there is a default in future and you will decide what action to take. Is that correct?

MR. MORIN: That's correct, Your Honour.

THE COURT: Anything further?

MR. MORIN: No, I have nothing further, Your Honour.

THE COURT: Thank you. With that then, counsel, I thank you both. I recognize well that this is the culmination of how many months - years of work?

MR. HELLER: Seventeen-and-a-half months.

THE COURT: Thank you, and that I am simply seeing the culmination of that, I think it's been organized in such a way that I can accept the joint position presented as being one that is appropriate in all of the circumstances.

23 I recognize that denunciation and deterrence, both general and specific, are of paramount importance in terms of the applicable sentencing objectives today. I recognize too that given the comments on ability to pay, that the fine amount has been reached after a balancing of the aggravating and mitigating circumstances and is certainly much more than a cost of doing business illegally.

24 I thought it might be helpful to simply reiterate in brief form the aggravating and mitigating circumstances as I understand them to be. On the aggravating side, there is the planned and deliberate nature of the activity - the long course of conduct just over 11 years, and regular course of conduct several times in each of those years, the dollars involved as have been detailed in the sentencing submissions and the millions and billions of dollars, the substantial increased profits, as a result, to the offender companies, the attempts to conceal and the geographic scope of the activity.

25 On the mitigating side, we have the lack of any attempt to conceal assets by the offender companies, the important pleas, the lack of any previous related convictions and the institution of remedial measures by the offender companies for corporate compliance in the future. And last, but certainly not least, the full cooperation with this investigation.

26 Have I missed anything in that recitation?

MR. MORIN: No. No, you haven't.

THE COURT: I thank you for that. And on that analysis, which is your analysis, I agree as I said that the joint position today is one that is appropriate. As a consequence, I impose a fine, allocated in the manner as indicated, on count one, \$5 million Canadian divided equally into \$2.5 million amounts between Domfoam and Vallefoam. Count two - an additional \$5 million Canadian, again, divided equally between Domfoam and Vallefoam in the amount of \$2.5 million each. On count three, the amount of \$500,000 Canadian divided equally between Domfoam and Vallefoam in the amount of \$250,000 each, Canadian. And finally, count four, \$750,000 payable by Domfoam and \$1,250,000, payable by Vallefoam.

Is that correct?

MR. HELLER: That is correct.

THE COURT: Thank you. With that I'll sign the fine orders. In addition, that first \$500,000 amount is to be paid prior to 4:00 p.m. on January 6, 2012. And Mr. Heller, you will be signing on behalf of the companies?

MR. HELLER: Yes, I will. Thank you, Your Honour.

MR. MORIN: Were you going to impose the payment schedule?

THE COURT: Oh - thank you so much. The payment schedule has been incorporated into the fine orders, but not into the court record. And, I thank you again. That payment schedule is a \$500,000 amount paid by Vallefoam before 4:00 p.m. tomorrow, January 6, 2012, and then the payment schedule is in \$1 million instalments by each company commencing January 1, 2013 and thereafter on January 1 of each consecutive year, ending with the final payment on January 1, 2018, again, in the amount of \$1 million from each company. That is as stated in the fine order in case I misspoke on the record. And it is pursuant to paragraph 29 of Exhibit 4. Is there anything else that may have been forgotten?

MR. HELLER: No. Thank you, Your Honour.

MR. MORIN: No. Thank you, Your Honour.

THE COURT: Thank you. Thank you very much.

MR. HELLER: Thank you very much. I thank my friend.

MR. MORIN: Thank you.

Order accordingly.

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

1953 CarswellQue 16

Quebec Court of Queen's Bench [Appeal Side]

R. v. Eddy Match Co.

Please see in particular para. 67

1953 CarswellQue 16, [1953] Q.J. No. 8, 109 C.C.C. 1, 18 C.R. 357, 20 C.P.R. 107

Eddy Match Company et al. v. The Queen

Bissonnette, McDougall, Gagne, Pratte and Casey JJ.

Judgment: November 30, 1953

Counsel: *H. Hansard, Q.C.* and *L. Gendron*, for accused corporations.
J.G. Ahern, Q.C., for the Crown.

Subject: Intellectual Property; Criminal; Property; Corporate and Commercial

Headnote**Trade and Commerce --- Combines and competition legislation — Competition offences****Trade and Commerce --- Combines and competition legislation — Investigation and prosecution — Evidence**

Combine — Prosecution under The [Combines Investigation Act, R.S.C. 1927, c. 26](#), as amended — Trial by judge alone — Charge alleging formation or operation of a combine — Question whether charge irregular — Description of offence following wording of the statute — Words "formation or operation" constituting only one offence — Essential element of offence one of detriment to the public resulting from either formation or operation — Sufficiency of evidence to establish offence — Application of [s. 39A of The Combines Investigation Act](#), as enacted by 1949, 2nd Sess., c. 12, s. 3 — Retrospective effect of rules of evidence — Merger, trust or monopoly established — Accused convicted.

Accused corporations were charged with the formation or operation of a combine in the nature of a merger, trust or monopoly which operated or was likely to operate against the interest of the public contrary to The [Combines Investigation Act](#), as amended. The defence raised many points of law in connection with the prosecution including such matters as the regularity of the form of charge, the retrospective application of s. 39A of the Act and particularly in regard to the question whether the control exercised by the corporations had operated or was likely to operate to the detriment or against the interest of the public. Accused corporations maintained that control was exercised only to meet competition as it arose through competitors underselling at a low uneconomic price. The Crown maintained that it was exercised to eliminate all competition.

Held, the appeal should be dismissed and the conviction sustained.

1. Under The [Combines Investigation Act](#), Parliament sought to prevent an evil which might result from certain practices which operate or are likely to operate against the public interest. The words

of the statute are "which ... has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public ..."

2. The fundamental principle is that every one is entitled to the benefits that flow from free competition. Review of authorities. By enacting The [Combines Investigation Act](#) Parliament has given evidence of its acceptance of this fundamental principle. Only those which cause or are likely to cause detriment are forbidden.

3. Parliament has not enacted as a condition *sine qua non* that actual detriment be demonstrated. If it had intended to do so it would not have added the words "or is likely to". These words broaden the field of forbidden encroachments by bringing within that class those whose very nature creates a presumption that they will probably prejudice the public right.

Appeal by accused corporations from [13 C.R. 217](#), [104 C.C.C. 39](#), [17 C.P.R. 17](#), [1952 Can. Abr. 96](#).

The judgment of the Court was delivered by Casey J.:

1 These two appeals are from the conviction of the appellants on 29th October, 1952, on a charge reading as follows:

2 "That Eddy Match Company, Limited, Commonwealth Match Co. Ltd., Canada Match Co. Ltd., Federal Match Limited and Valcourt Company Ltd., all bodies corporate under the laws of Canada, between the 14th day of December, A.D. 1927 and the 8th day of September, A.D. 1950, at divers places in Canada, including the Province of Quebec and the District of Montreal, were parties or privies to or knowingly assisted in the formation or operation of a combine within the meaning of the [Combines Investigation Act](#), to wit: a merger, trust or monopoly which, during the said period, substantially or completely controlled throughout Canada, excluding Newfoundland, the class or species of business in which they were engaged, to wit: the business of producing, manufacturing, supplying or dealing in wooden matches, a commodity which may be and then was the subject of trade or commerce, which merger, trust or monopoly has operated or was likely to operate during the said period to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers, or others", and from the sentences pronounced in consequence thereof.

3 Pursuant to the provisions of the Act under which they were charged ([The Combines Investigation Act](#), [R.S.C. 1927, c. 26](#) with amendments to 1949, 10 Geo. VI, c. 12), they were tried before a judge alone ([s. 39](#)) whose judgment now in appeal concludes as follows:

Sans répéter les termes de l'acte d'accusation et des particularités versées au dossier, j'en arrive à la conclusion que la Couronne a fait la preuve nécessaire au soutien dudit acte d'accusation, et des faits allégués dans les particularités, et que les cinq corporations défenderesses; Eddy Match Co. Ltd., Commonwealth Match Co. Ltd., Canada Match Co. Ltd., Federal Match Limited et Valcourt Company Ltd., en regard de la preuve faite, ont commis l'offense prévue à art. 32, para. (1) de la Loi des Enquêtes sur les Coalitions, à savoir le [chap. 26](#) des Statuts Révisés du Canada 1927 et ses amendements.

Je déclare, en conséquence, les dites corporations défenderesses et chacune d'elle coupables de ladite offense, et il est de mon devoir de les condamner selon qu'il est prévu au dit art. 32 le ladite Loi, et je les condamne comme suit:

SENTENCE

La defenderesse EDDY MATCH COMPANY LTD., a raison de l'offense criminelle commise par elle tel que susdit est condamnée a une amende de \$25,000

La defenderesse COMMONWEALTH Co. LTD., pour les memes motifs est condamnée a une amende de \$15,000

La defenderesse CANADA MATCH Co. LTD., pour les memes motifs est condamnée a une amende de \$10,000

La defenderesse FEDERAL MATCH LIMITED, pour les memes motifs est condamnée a une amende de \$10,000

La defenderesse VALCOURT COMPANY LTD., pour les memes motifs est condamnée a une amende de \$25,000

En outre desdites sentences, suivant les pouvoirs qui me sont conférés par la Loi, je condamne les corporations défenderesses susdites à payer les frais ou dépens subis au sujet de la présente poursuite et du jugement de culpabilité présentement prononcé, lesdits frais et dépens devant être payés par les corporations défenderesses dans les proportions suivantes:

EDDY MATCH COMPANY LTD.	25/85
COMMONWEALTH CO. LTD.	15/85
CANADA MATCH CO. LTD.	10/85
FEDERAL MATCH LIMITED	10/85
VALCOURT COMPANY LTD.	25/85

Lesdits frais comprendront une indemnité raisonnable pour perte de temps et advenant qu'il serait impossible aux parties de s'entendre quant à ladite indemnité ou pour toute autre question relative aux dits frais, la Cour réserve à la poursuite de faire application devant moi pour argument et adjudication à ce sujet.

4 Before discussing the reasoning which led to the conclusions above reproduced and the arguments that have been directed against it, it is necessary that the appellants be identified and that their existence be explained.

5 Prior to December 1927, the companies engaged in Canada in the manufacture of wooden matches, were World Match Corporation, controlled by Bryant and May of London; Canadian

Match Co., controlled by Bryant and May and Diamond Match, a foreign corporation; and The E.B. Eddy Co., a Canadian company controlled by interests other than those above mentioned. In December of 1927, appellant Eddy Match was incorporated for the purpose of taking over the business of Canadian Match and World Match and the match business of E.B. Eddy Co. It can be accepted that the amalgamation of the match business of these three companies had been accomplished prior to this date and that the new company, Eddy Match, was organized for the purpose of carrying on the businesses so amalgamated and the issued shares of its capital stock eventually found their way into the hands of Diamond Match Co. and Bryant and May or their nominees. It may also be accepted that when appellant Eddy Match Co. came into existence it was the only company in Canada engaged in the manufacture of wooden matches, exception made of the negligible competition offered by Aurora Match Co.

6 Shortly after Eddy Match went into operation negotiations for the acquisition of Aurora Match were commenced and in 1928 these negotiations were completed. Aurora Match thus eliminated Eddy Match was alone in the field.

7 In 1928 Columbia Match Company of Canada was incorporated. It commenced operations in 1929 and in February of 1932 it went into bankruptcy, its assets being acquired by Falkirk Co.

8 At about this time appellant Commonwealth Match Co. was incorporated and it immediately acquired from Falkirk Co. the assets of Columbia Match. During the period of 1932 to 1947, ownership of the issued shares of Commonwealth was vested in Bryant and May and Diamond Match. In 1947 these shares were transferred to appellant Valcourt with the result that Commonwealth became the wholly owned subsidiary of Valcourt, which in turn was the wholly owned subsidiary of Eddy Match.

9 In 1931, Canada Match Co. was incorporated as an independent manufacturer. It remained in active competition with Eddy Match and Commonwealth until December of 1936, at which time it was acquired by Eddy Match.

10 In 1936, Federal Match Co. Ltd., was incorporated and it operated in active competition until 1940 when it was acquired by Valcourt Co. Ltd.

11 Appellant Valcourt Co. Ltd. had been incorporated in 1937, and throughout the period covered by the charge was the wholly owned subsidiary of Eddy Match Co. In 1937 it acquired from Eddy Match the outstanding shares of Canada Match; in 1940, those of Federal Match, and in 1947, from the nominees of Bryant and May and Diamond Match, those of Commonwealth. This company acted only as a holding company and was never engaged in the production of matches.

12 With these facts in mind, attention may be given to the law involved — The [Combines Investigation Act](#), R.S.C. 1927, c. 26, as it existed when the charge was laid, that is, with amendments up to those of c. 12 of the Statutes of 1949. In particular we are concerned with [ss. 2](#)

(1935 Am., c. 54, s. 2; 1937 Am., c. 23, s. 2; 1946 Am., c. 44, s. 1), 32 (1946 Am., c. 44, s. 11), and 39A (1949, 2nd Sess. Am., c. 12, s. 3), of which the text reads as follows:

2. In this Act, unless the context otherwise requires,

(1) 'Combine' means a combination having relation to any commodity which may be the subject of trade or commerce, of two or more persons by way of actual or tacit contract, agreement or arrangement having or designed to have the effect of

(a) limiting facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing, or

(b) preventing, limiting or lessening manufacture or production, or

(c) fixing a common price or a resale price, or a common rental or a common cost of storage or transportation, or

(d) enhancing the price, rental or cost of article, rental, storage or transportation, or

(e) preventing or lessening competition in, or substantially controlling within any particular area or district or generally, production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, transportation, insurance or supply, or

(f) otherwise restraining or injuring trade or commerce; or a merger, trust or monopoly, which combination, merger, trust or monopoly has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others.

(2) 'Commissioner' means the Commissioner of the Combines Investigation Act appointed as hereinafter provided.

(3) 'Corporation' includes 'Company'.

(4) 'Merger, trust, or monopoly' means one or more persons

(a) who has or have purchased, leased or otherwise acquired any control over or interest in the whole or part of the business of another; or

(b) who either substantially or completely control throughout any particular area or district in Canada or throughout Canada the class or species of business in which he is or they are engaged; and extends and applies only to the business of manufacturing, producing, transporting, purchasing supplying, storing or dealing in commodities which may be the subject of trade or commerce; Provided that this subsection shall not be construed or applied so as to limit or impair any right or interest derived under the *Patent Act, 1935*, or under any other Statute of Canada.

(5) 'Minister' means the Minister of Justice.

(6) 'Special commissioner' means a temporary commissioner appointed as hereinafter provided for the purpose of conducting an investigation.

32. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to a penalty not exceeding ten thousand dollars or to two years imprisonment, or if a corporation to a penalty not exceeding twenty-five thousand dollars, who is a party or privy to or knowingly assists in the formation or operation of a combine within the meaning of this Act.

(2) No person shall be charged with an offence against this Act on the same information or indictment as that on which he is charged with an offence against section four hundred and ninety-eight of the *Criminal Code*.

(3) The provisions of this section which provide for the imposition of penalties shall not be deemed to deprive any person of any civil right of action.

39A. (1) In this section

(a) 'agent of a participant' means a person who by a document admitted in evidence under this section appears to be or is otherwise proven to be an officer, agent, servant, employee or representative of a participant.

(b) 'document' includes any document appearing to be a carbon, photographic or other copy of a document, and

(c) 'participant' means any accused and any person who, although not accused, is alleged in the charge or indictment to have been a co-conspirator or otherwise party or privy to the offence charged.

(2) In a prosecution under section thirty-two of this Act or under section four hundred and ninety-eight or section four hundred and ninety-eight A of the *Criminal Code*:

(a) anything done, said or agreed upon by an agent of a participant shall *prima facie* be deemed to have been done, said or agreed upon, as the case may be, with the authority of that participant;

(b) a document written or received by an agent of a participant shall *prima facie* be deemed to have been written or received, as the case may be, with the authority of that participant and

(c) a document proved to have been in the possession of a participant or on premises used or occupied by a participant or in the possession of an agent of a participant shall be admitted in evidence without further proof thereof and shall be *prima facie* evidence:

(i) that the participant had knowledge of the document and its contents;

(ii) that anything recorded in or by the document as having been done, said or agreed upon by any participant or by an agent of a participant, was done, said or agreed upon as recorded, and, where anything is recorded in or by the document as having been done, said or agreed upon by an agent of a participant, that it was done, said or agreed upon with the authority of that participant;

(iii) that the document, where it appears to have been written by any participant or by an agent of a participant, was so written and, where it appears to have been written by an agent of a participant, that it was written with the authority of that participant.

13 It will be recalled that in the charge it is said that between 14th December, 1927 and 8th September, 1950 appellants were parties etc. in the "formation or operation" of a combine within the meaning of The [Combines Investigation Act](#).

14 There immediately arises a question, which though stemming from the wording of the charge, goes to the legality of the conviction. The issue is whether the appellants were charged with two separate offences.

15 Appellants argue that they were charged in the alternative, that is, with having participated in the formation *or* operation of a combine, and on the premise that "formation" is an offence separate and distinct from "operation", they contend that they cannot be convicted, as in fact they were, as charged. Their argument on this point is clearly stated at p. 62 of their factum, from which the following is extracted:

The formal charge in this case does not accuse the appellants of both offences but only of one or the other without specifying which; it is expressed in alternative language. We are not concerned in the present appeals, however, with the form of the charge, but with the substance of the conviction. It is clear that, in the case of an alternative indictment, the Court cannot convict for both offences as this would go beyond the charge. If it convicts for one or other of the offences charged it must specify the offence of which it finds the accused guilty. This latter proposition is of the utmost importance. The accused must know the precise offence of which he is convicted in order to be able to set up, on a new indictment for one or other of the offences, a plea of *autrefois convict*.

16 If the premise be well-founded, if [s. 32](#) does create two separate offences, then there is great force in the argument advanced and in the reasoning contained in the decisions cited (*Regina v. Hoggard* (1870), 30 U.C.Q.B. 152, 13 Can. Abr. 823; *Field v. Hopkinson*, [1944] K.B. 42, and *Rex v. Toy Moon* (1911), 1 W.W.R. 50, 21 Man. R. 527, 19 C.C.C. 33, 13 Can. Abr. 919).

17 Respondent replies to this by stating that this ground of appeal not having been stated in the notice of appeal, cannot be invoked and, subject to this objection, by citing the decision of

the Supreme Court in *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, 57 C.C.C. 318, [1932] 2 D.L.R. 88, 13 Can. Abr. 1493.

18 If as respondent contends, the *Belyea* case is conclusive on the point, then there is little more to say; but on the supposition that that decision does not go the whole distance, a discussion of the merits of the objection raised becomes necessary.

19 While the combine charged may not be an entity having an existence separate and distinct from that of those who form it in the sense that a corporation is such an entity, it is still reasonably clear that a distinction can be drawn between the acquisition of the control envisaged by s. 2(4) (b) which would be the formation, and the exercise of that control, which would be the operation. But that does not necessarily mean that there are two offences, nor can it be said that because the word "or" appears in s. 32, the necessary implication is that two offences were intended (Maxwell, p. 244; *Rex v. Clarke* (1907), 14 C.C.C. 46, affirmed 9 W.L.R. 243, 1 Alta. L.R. 358, 14 C.C.C. 57, 10 Can. Abr. 1152; Tremear, p. 860). To decide exactly what significance is to be given to the word "or" one must determine what it is that Parliament meant to prohibit.

20 Section 32 is directed against combines as these exist within the meaning of the Act. In consequence we are thrown back to s. 2 which tells us that a combine will exist whenever a combination of two or more persons has been formed by means of an agreement designed to have a certain effect, or whenever there is a merger, trust or monopoly, provided that the combination or the merger, trust or monopoly has operated, or is likely to operate to the detriment of the public. Thus, the controlling element is detriment to the public, and unless it exists or is likely to exist, there is no combine, and the combination or the merger, trust or monopoly is inoffensive.

21 It seems then, that what Parliament seeks to prevent is the causing or the creating of the likelihood of detriment to the public through the use of means which in themselves are not objectionable. But the moment one has brought into existence the situations envisaged by s. 2 then, if the element of detriment, either actual or likely, is present, the offence has been committed and it is a matter of indifference whether that detriment results from the formation or operation. It seems then that s. 32 prohibits combine activity in any or all of its phases and that the words "formation or operation" are used to express in a comprehensive manner just this and not to create two separate offences.

22 Attention is now directed to s. 39A and to the objections which are based on this provision of the law.

23 At the trial the Crown introduced as part of its proof a mass of documents, all of which antedated the introduction into the Act (10th December 1949) of s. 39A.

24 Appellants objected to the production of these documents saying: (a) that their admission can only be justified by giving to s. 39A a retrospective effect and that since this section is sub

stantive rather than procedural, this can not be done; and (b) that in any event the documents were inadmissible since they had not been established as having emanated from appellants.

25 The trial judge treats of these objections at pp. 675 and following of the case. He regards s. 39A as pure procedure and cites various authorities in support of the proposition that rules of procedure are retrospective in effect. In respect of the second objection he limits it as applying only to certain specified exhibits and then says that in arriving at this conclusion he had not considered the exhibits so impugned.

26 Appellants do not contend that procedural provisions are not retrospective in effect. They argue that s. 39A is not a rule of procedure in this sense. They say that the burden of proof is thereby shifted from the Crown to the accused and that it creates a presumption which makes it unnecessary for the trial judge to consider the evidentiary value or the authenticity of the documents. They contend that s. 39A affects the very substance of every person's rights and that for this reason it cannot be regarded as a matter of procedure.

27 With respect to the second objection based on s. 39A, appellants recall that this issue was not decided by the trial judge. They say that the objection should not have been restricted only to certain exhibits and they contend that it is impossible to state upon what exhibits the trial judge bases himself. It is my opinion that the objection is unfounded; the exhibits to which I have been obliged to refer qualify under s. 39A.

28 What we are left with is the main argument based on the contention that s. 39A should not be given a retrospective effect. It is with this aspect of the section that I am now concerned.

29 As is pointed out by the trial judge, documents proven to have been in the possession of a participant are to be admitted without further proof and shall be *prima facie* evidence of the matters specified in the section. He points out that the section does not deprive the accused of the right of rebutting the presumption so created; that it does not create an offence; that it simply states the manner in which the Crown may make its case. I share these views; despite s. 39A, the burden of proof remains throughout on the Crown, and it must still satisfy the trial judge that the facts disclosed by the documents establish the guilt of the appellants beyond reasonable doubt.

30 There is no doubt that, on first sight at least, the provisions of s. 39A appear extreme. As is pointed out by appellants there may be many cases, and it is contended that this is one, in which it will be very difficult for an accused to make contradictory proof. There may also be cases in which an accused may be convicted on the strength of documents which have been forged. But these considerations go to the consequences of the law and while they may provoke reflection, it is not our function to comment on the wisdom of Parliament; nor, not knowing the prevalence of the evil which Parliament wishes to prevent, are we in a position to judge.

31 Section 39A, relating as it does to a matter of evidence and to nothing more, is a rule of procedure and it is to be given a retrospective effect, unless it can be shown that it affects rights acquired by appellants prior to its enactment (Maxwell, 9th ed., pp. 221 *et seq.*), and as applied in *Gardner v. Lucas* (1878), 3 App. Cas. 582 at 603; *Re Wicks and Armstrong*, 61 O.L.R. 667, 49 C.C.C. 281, [1928] 2 D.L.R. 210, 5 Can. Abr. 44; *Hum Bing You v. Seguin*, 40 Que. K.B. 414, 46 C.C.C. 238, (sub nom. *Ex parte Hum Bing You*) [1926] 3 D.L.R. 462, 22 Can. Abr. 331; and *Rex v. Bingley*, 60 N.S.R. 311, 51 C.C.C. 268, [1929] 1 D.L.R. 777, 24 Can. Abr. 515. Such rights have not been shown and in consequence, there is no reason why the normal rule should not be followed and that is why s. 39A should be given a retrospective effect.

32 Another problem is created by the use in the charge of the words "the class or species of business in which they were engaged, to wit; the business of producing etc.... wooden matches...."

33 It is contended by appellants that the manufacture of wooden matches is not a class or species of business. They say that the wooden match is a device for producing light or fire and as such it is in competition with every other device designed to achieve the same end; *viz.*, the paper match and the mechanical lighter. They argue that to limit the charge to wooden matches is to remove the case from the operation of the statute, and they add that "the evidence discloses that the manufacture, distribution and sale of wooden matches is not a class or species of business".

34 It is true that the manufacture of lighting devices whatever be the type or kind, can be regarded as a general class of business which would include wooden matches. But it seems strange to suggest that within the general class there can not be as many types of businesses as there are species of devices.

35 It is undisputed that Eddy Match and its three operating subsidiaries made wooden matches and with the exception of a minor paper match operation on the part of Eddy Match and Federal, that they made nothing else. Certainly the making of wooden matches was their business, and since this commodity can be distinguished from the other devices, such as mechanical lighters and the like, it must be said that the manufacture of wooden matches is a class or species of business within the meaning of s. 2(4) (b).

36 The words "in which they were engaged" present no difficulty so far as Eddy Match, Commonwealth, Canada and Federal, are concerned. These organizations were directly engaged in the manufacture of the commodity.

37 Valcourt however, was in a different position. It will be recalled that Valcourt was brought into existence as the wholly owned holding company of Eddy Match and the evidence gives no reason to believe that it was not formed for the sole purpose of acting as the *prete-nom* of Eddy Match. But it was never directly engaged in the manufacture of matches and because of this, it may be suggested that it was never engaged in this business within the meaning of the Act.

38 I see nothing in the Act which limits the words "in which they are engaged" to the direct intervention of an individual in a particular type of business. There is no essential difference between the case of an individual who conducts a business in his own name and that of one who does so through a wholly owned or controlled corporation. It is my opinion that the Act permits the prosecution not only of the creature but of the principal.

39 Valcourt, it must not be forgotten, was not just any holding company. It was incorporated by Eddy Match as a part of its over-all plan and for the purpose of acting as the *alter ego* of its creator. It entered into and played its part in the little empire that was gradually built up, and I think that the terms of s. 2(4) (b) are sufficiently wide to qualify it as one of the "one or more" who controlled the class of business in which they were all, directly or by persons interposed, engaged — the manufacture of wooden matches.

40 On the premise that all five appellants were engaged in the same class or species of business, it is now necessary to decide whether they, at any time within the period of 14th December 1927 to 8th September 1950, controlled that business throughout Canada, excluding Newfoundland.

41 Before treating the main question there are two preliminary comments to be made;

(a) If the control existed, then it existed throughout Canada. The contrary is not suggested and I do not discuss it.

(b) If the control was acquired or was exercised by appellants *at any time* during the period, then this element of the charge is established.

42 This second comment is made at this point because there appear in appellant's factum at least two assertions to the contrary. Thus at p. 25 we read: "the charge is that a merger, trust or monopoly existed throughout the entire period from December 14, 1927 to September 8, 1950", and at p. 28: "The charge, contrary to the Statute alleges that control was vested, not in the individual accused, but in a merger, trust or monopoly during the entire period from December 14, 1927 to September 8, 1950".

43 But such is not the case. The charge in its relevant portions reads: "That Eddy Match ... between the 14th day of December A.D. 1927 and the 8th day of September A.D. 1950, ... were parties to ... the formation or operation of a combine ... to wit; a merger, trust or monopoly which ... has operated or was likely to operate during the said period ..." This means surely that the Crown need only prove that the control was acquired or was exercised at some time during the period stated.

44 Turning now to the main question of control, it will be recalled that Eddy Match (I ignore the competition of Aurora) was alone in the field from 1927 to 1929.

45 From 1929 to 1940 it had sporadic competition from Columbia (acquired by Commonwealth in 1932); from Canada, (formed in 1931 and acquired by Eddy in 1936); and from Federal (formed in 1936 and acquired by Valcourt in 1940).

46 From 10th May 1940, the date of the acquisition of Federal by Valcourt, to September 1946, when Western commenced its operations, the five appellants were completely alone in the field of wooden matches. This condition was re-established in June 1949 when appellants acquired Western, and it continued right up to the end of the period covered by the charge.

47 At this point it may be remarked that the momentary appearance of Western did not disturb appellants' control to any appreciable extent. It is true that the appearance of this competition destroyed the complete control which had existed and which was later re-established. But that interruption was apparent rather than real and in any event it did no more than reduce the control from one which was "complete" to one which was "substantial".

48 Another thing, in 1947 and 1949, Commonwealth and Canada would appear to have ceased manufacturing, their brands being thereafter produced by other members of the group. The companies remained in existence however and the fact that they, for reasons of their own, made these arrangements, has no bearing on their position in that it cannot be urged that they, on those dates, ceased to participate in the exercise of the control.

49 Finally, it may be remarked that during the period imported matches were available in negligible quantities. These I disregard since so far as can be judged from the record, the importation of matches had no real influence on the wooden match industry in Canada.

50 The evidence discloses that throughout the period, Eddy Match and its subsidiaries as they came into existence, — were under the control, in all phases of their operations, of the same interests. It is true that they did not receive direct instructions in their daily operations, but one need only regard the roles played, by W.A. Fairburn, President of Diamond Match and Managing Director of Eddy Match; J.E. Duffey, President of Management Engineers and Management Engineers of Canada; and of E.P. Miller, General Sales Manager of Eddy Match, to realize that all five appellants acted as a closely knit team; that they were under common direction and that their plans and operations were fully coordinated. It is impossible to say that appellants did not work as a unit or to say that their position in the industry did not give them control of the industry or that they did not join together in the exercise of that control.

51 We now come to the words of s. 2(4) (b), "who either substantially or completely control". In this connection, it is said by appellants (p. 29) that "It is obvious that the word 'control' here means 'monopolistic control' in the sense of having the *de facto* or *de jure* power to exclude others from the particular field controlled". There then follow definitions of the terms "merger", "trust" and "monopoly" taken from the Shorter Oxford English Dictionary. Following that, we read, at p. 30:

The appellants submit that the 'control' of [Section 2\(4\) \(b\)](#) is monopolistic control, *i.e.* it exists only where the power to exclude others exists, as, for example, where all sources or raw material are controlled (*de facto*) or the exclusive right to a trade process is controlled (*de jure*). This interpretation is supported by the fact that it was found necessary to exclude rights or interests derived under the [Patent Act](#) or any other Statute of Canada, by the concluding words of sub-section 4 itself.

52 The reason why this point of view is not acceptable lies in the fact that in s. 2(4) Parliament has told us what it means by "merger, trust or monopoly", and more particularly in s. 2(4) (b) it has told us very specifically that a merger, trust or monopoly will exist when one or more persons control his or their class of business. Parliament has not attached any special or restrictive meaning to the term "control" and for this reason I am unable to see why it should be given any meaning other than that which it normally connotes.

53 When a group of companies engaged in the same business are alone in the field; when they work together as a unit; when they are free to supply the market or to withhold their product; when there is no restriction on the prices which they charge, save their own self-interest; when their freedom to exclude individuals as customers, is restricted only by their interpretation of existing penal laws, then, by all normal standards those companies are in control of the business in which they are engaged. The five appellants, at least during the period of 1940 to 1950 were in a position to do all of these things, and since no special meaning has been given to the terms employed in the statute, I would say that the Crown has established this particular element of the offence.

54 Finally we come to the nub of the whole matter, — has the Crown shown that the control exercised by appellants "has operated or was likely to operate ... to the detriment or against the interest of the public ..."?

55 Before answering this question there is a problem arising out of the words of the charge. It will be recalled that s. 2(1) uses the words "has operated or is likely to operate", while in the charge, the words used are "was likely". It is from the use of the word "was" instead of "is" that appellants draw the argument which I state in their own words (p. 47):

The Statute of course speaks as at the time the charge is laid and with relation to that time requires proof of public detriment which has already taken place in the past or proof of the likelihood of future public detriment. The expressions 'has operated' and 'is likely to operate' cannot refer to the same thing. One must relate to the past and the other to the future.

56 And again at p. 48:

Under the Statute, the Crown has to show that so far as the past in concerned the 'merger, trust or monopoly' has actually operated to the detriment of the public, not that at any time in the immediate or remote past it might have been likely to so operate.

57 As I understand it, appellants are saying that as the charge is laid the Crown can delve into the past only to prove that the operation of the control did actually cause detriment; the Crown cannot say that appellants exercised a control which whether or not detriment resulted, was likely to cause or could have caused detriment. As in the case of the argument that the conviction is bad for uncertainty, respondent replies that this ground of appeal cannot be invoked because it was not stated in the notice.

58 By this Act Parliament seeks to prevent an evil which may result from certain practices. It does so by defining these practices and then by making them illegal if their adoption has resulted in an actual prejudice which may be demonstrated ("has operated"), or if by adopting them, a situation has been created which will probably result in prejudice ("likely to operate").

59 I add in parenthesis that the word "probably" is used because I lean to the view that a mere possibility of prejudice might not be sufficient. This however is offered gratuitously, since the present case does not call for a decision on the point.

60 The Crown then may make its case by showing one or the other. If it has established actual prejudice — and here I think that it has — there is no difficulty. If, on the other hand it did not show actual prejudice in the past, it was free to show — and again I think that it did — that the merger, trust or monopoly operated by appellants, as it existed at least during the period 1940 to 1946, was at that time and irrespective of what may have happened subsequently, likely to operate to the detriment of the public. The moment that this likelihood was established then there was proof that there existed, in the past, the combine prohibited by the Act, and with this proof the Crown's burden was discharged.

61 To dispose of this question of "is" and "was" it seems sufficient to recall that we are dealing with the offence created by s. 32 — that of forming or operating a combine. The offence is committed the moment there are one or more persons exercising a control which in its exercise is likely to cause prejudice and there is no more reason to say that the Crown can only charge "likelihood" as it exists on the day the charge is laid than there is for saying that no offence can be charged save on the day it is committed. The use of the word "is" in s. 2(1) does not cancel out past offences. If these five appellants had gone out of the wooden match business on the day before the expiry of the period mentioned in the charge, they would still be open to prosecution for having operated a combine in the past.

62 Turning now to the main issue within the field of "detriment", the words of the Act with which we are particularly concerned are those which conclude s. 2(1); "which ... has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public ...".

63 Relying on *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, 2 W.W.R. 330, 20 C.C.C. 117, 2 D.L.R. 734, 10 Can. Abr. 1155; *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147, 77 C.C.C. 129, [1942] 1 D.L.R. 529, Abr. Con. 951; *MacEwan v. Toronto General Trusts* (1917), 54 S.C.R. 381, 28 C.C.C. 387, 35 D.L.R. 435, 10 Can. Abr. 1158; *Rex v. Ash Temple Co.*, 8 C.R. 66, [1949] O.R. 315, 93 C.C.C. 267, 1949 Can. Abr. 87, and *Proprietary Articles Trade Association v. Atty.-Gen. for Can.*, [1931] A.C. 310, [1931] 1 W.W.R. 552, 55 C.C.C. 241, [1931] 2 D.L.R. 1, 10 Can. Abr. 1131, 1133, appellants state, and rightly so, that there can be no combine and in consequence, no offence, unless their control was acquired or exercised with resultant detriment, either actual or likely. They then examine that part of the judgment *a quo* which treats the question and finally state, as their minor premise (p. 47): "... that there is no evidence whatever of public detriment during the entire quarter century covered by the charge ..."; and again: "The fact is there was no public detriment". The conclusion of course is that there was no offence.

64 It is the minor premise that I cannot accept and it is to it that I now direct my attention.

65 The appellants concede (p. 49) that "the policy of the law has been stated by the Supreme Court of Canada to be the preservation of free competition." I do not quarrel with this statement but in dealing with a problem such as the present one, and at the risk of making a distinction without a difference, I prefer to take as my starting point the fundamental principle that everyone is entitled to the benefits that flow from free competition. This is what was stated or assumed in *R. v. Elliott* (1905), 9 O.L.R. 648, 9 C.C.C. 505 (Ont. C.A.), 10 Can. Abr. 1063; *Weidman v. Shragge, supra*; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276, 52 C.C.C. 66, [1929] 3 D.L.R. 331, 10 Can. Abr. 1161 and *Container Materials Ltd. v. The King, supra*. From this it follows that anything which limits or restricts this freedom of competition is an encroachment on the public right.

66 By enacting The [Combines Investigation Act](#), Parliament has given evidence of its acceptance of the fundamental principle. At the same time however, it has refused to label as an evil to be avoided, all encroachments on the public right. Only those which cause or are likely to cause detriment are forbidden. But Parliament has not enacted as a condition *sine qua non* that actual detriment be demonstrated. If it had intended to do so, it would not have added the words "or is likely to". These words broaden the field of forbidden encroachments by bringing within that class those whose very nature creates a presumption that they will probably prejudice the public right.

67 What we have here is the activity envisaged by s. 2(4) (b), — the control of a class of business; a control that, as revealed by the evidence, excluded for all practical purposes the possibility of any competition. Such a condition creates a presumption that the public is being deprived of all

the benefits of free competition and this deprivation, being the negation of the public right, is necessarily to the detriment or against the interest of the public.

68 This presumption however may be rebutted and it does not seem unreasonable to suggest that some "controls" might in exceptional circumstances be more advantageous to the public than if the business had been left free. But when faced with facts which disclose the systematic elimination of competition, the presumption of detriment becomes violent. In these circumstances, the burden of showing absence of detriment must surely rest on the shoulders of those against whom the presumption plays. Appellants made no defence and there is nothing in the record which comes to their aid.

69 But in this case there is more than the simple fact that appellants had complete control of the class of business in which they were engaged. There is uncontradicted evidence that the leading actor — Eddy Match — deliberately set out to eliminate competition as it arose; that because of its strength and resources it was able to do so; that each new subsidiary was given its role and played its part in the general plan and finally, that the five appellants, all competition eliminated, were able to give to the public the products that they chose to make available, at the price they chose to fix and through the channels they chose to use. All of this is discussed by the learned trial judge and by the parties under the headings of "Industrial Spying", "Fighting Brands", "Market Loading", "Price Agreements" and "Dealer Contracts".

70 Appellants dispose of this evidence by asserting that "they [the practices] were and are regularly employed in business competition throughout Canada" and by relying on the remarks of Mr. Justice Raney to the effect (*Rex v. Alexander Ltd.*, 57 C.C.C. 346, [1932] 2 D.L.R. 109, 10 Can. Abr. 1165), that unfair dealings (assuming these to be such) are criminal only if "prohibited with penal consequences".

71 Whether these acts are "prohibited with penal consequences" does not concern me. In fact, since the existence of this particular combine is not dependent on the criminality of the practices employed, I am prepared to concede that each of these practices, from this point of view, is indifferent.

72 The importance of these practices lies in the fact that they testify with great eloquence as to the power which appellants could and did exercise, as to their determination to be alone in the field, as to the helpless position of the public and, in short, as to the inevitability of the very evil which the Act seeks to prevent. Thus even if one cannot infer from the fact of complete control that there existed the likelihood of detriment to the public, this inference can and must be drawn from the acts that were done during the acquisition, development and exercise of that control. Making the necessary changes, one might well use the words of Mr. Justice Kerwin (*Container Materials Ltd. v. The King*, *supra*) to sum up this aspect of the case. At p. 159 (S.C.R.) he says:

Once an agreement is arrived at, whether anything be done to carry it out or not, the matter must be looked at in each case as a question of fact to be determined by the tribunal of fact upon a common sense view as to the direct object of the arrangement complained of. *The evidence in these cases of what was done is merely better evidence of that object than would exist where no act in furtherance of the common design had been committed.* (The italics are mine.)

73 That these practices were employed merely adds to the evidence leading to the conclusion that the control exercised by appellants was likely to operate to the detriment or against the interest of the public.

74 Before leaving this question of detriment, I wish to recall the statement that the Crown has proved actual detriment. It is in this connection that I now refer to certain practices adopted by appellants from which actual detriment must be inferred. The following are examples of what I have in mind.

75 Exhibits P-278 (vol. 7-1720), P-231 (vol. 6-1321), P-290 (vol. 8-1837), P-291 (vol. 8-1838), P-292 (vol. 8-1840), P-623 (vol. 8-1913) show that the policy dictated to at least Commonwealth and Canada was that they buy certain supplies from Uniform Chemical Products of New York and this despite the fact that the same supplies could be bought more advantageously in Canada. In the absence of an explanation it must be assumed that this needless extravagance was reflected in the price of the finished products and that it was borne by the consumer. Furthermore, when one views this incident against the back ground of the group's corporate structure and ramifications it must be assumed that there were other instances where an extra profit was made by one company rather than by another and that the consumer made unnecessary contributions to the financial welfare of companies other than those whose products were being bought.

76 This practice calls for more than the negative attitude adopted by appellants; they can hardly expect one to believe that the public benefited from the same price structure and levels that would have existed had appellants been in *bona fide* competition one with the other and in consequence obliged to buy where the best price was obtainable.

77 Intimately connected with this is the inference to be drawn from the introduction and withdrawal of the "Fighting Brands". The opening gambit of each new competitor was to offer its product at a price lower than that of the Eddy group. To meet this and at the same time to protect the price levels of the established brands, "Fighting Brands" would be introduced in the area affected. When the competition disappeared — by bankruptcy or by absorption — the "Fighting Brands" would be withdrawn and the public would be back where it was before the competition had been launched. Thus Eddy Match used "Blue Ribbon" to meet the competition of Columbia (later Commonwealth), P-123 (vol. 5-907); "North Star" to meet Canada, P-358 (vol. 5-931), and

again P-363 (vol. 5-939-40); Canada to meet Federal, P-270 (vol. 7-1466), P-775 (vol. 6-1360) and P-812 (vol. 7-1555).

78 Appellants explain this by saying that it was only done to meet competition as it arose after having asserted that it was provoked by competitors who undersold at low uneconomic prices.

79 And yet there is evidence, (p. 997, vol. 9-1980), that at least one of these companies — Federal — against whom "Fighting Brands" were used, operated at a profit. It must be assumed then that appellants could have done likewise and that they would have, had they been obliged to meet competition. Having eliminated competition they effectively deprived the public of this benefit.

80 Finally, there is the case of "Northern Confectioners", a company which had slipped on to the "direct list" of Eddy Match and which was breaking the re-sale price. In exhibits P-851 (vol. 7-1440) and P-852 (vol. 7-1448), we learn of the suggestion from Nickerson — Eddy Match western sales supervisor — that Northern Confectioners be refused matches. This suggestion elicited instructions from Miller — Eddy Match general sales manager — to charge the customer the re-sale price and thus achieve the same result. Whether or not this customer depended on the sale of matches for a living seems unimportant. What counts is that Eddy Match could and would deprive him of his source of supply and refuse him the right to do business as a jobber. With the record as it stands we are entitled to assume that this incident was repeated and that on each occasion it caused detriment to the individual and to those he was hoping to serve.

81 From the ensemble of all the incidents of which the foregoing are examples, I conclude that appellants, in operating the business which they controlled, caused detriment to the public.

82 The last problem arising out of the appeal from the conviction is that of prescription. It is argued by appellants that since s. 32 of the Act provides, in the case of a corporation, for a penalty not exceeding \$25,000 s. 1141 of The [Criminal Code](#) applies; the reason offered is that "The 'proof' tendered by the Crown upon which the learned judge relies relates to matters which occurred more than two years prior to the institution of these proceedings" (appellants' factum, p. 59).

83 Respondent answers by declaring that the offence charged is a continuing one and that in consequence s. 1141 of The [Criminal Code](#) is not applicable. In this connection we were referred to *R. v. Elliott*, and *Rex v. Canadian Import Co. (1933)*, 61 C.C.C. 114, affirmed 62 C.C.C. 342, [1935] 3 D.L.R. 330, 10 Can. Abr. 1170. As a second argument respondent urges that in any event s. 1141 of The [Criminal Code](#) does not apply to offences of this type and cites the unreported decision of this Court in *Hartt and Adair Co. v. The King*.

84 Having come to the conclusion that from 1940 appellants acting together, had exercised the control which had been acquired prior to this date, it follows that the commission of the offence was continued from one day to the other. The position would be the same had the charge been

limited to the last day of the period. In consequence and apart from any other reason, I do not see how this limitation can be urged.

85 For these reasons I am of the opinion that the appeal from the conviction should be dismissed.

86 There remains the appeal from sentence. On this the submissions of appellants are as follows:

1. The sentences are excessive, and
2. They are illegal.

87 On the first point appellants say that four of them were subsidiaries of Eddy Match; that Eddy Match need not have preserved its subsidiaries as separate corporate entities, and that had it not done so, the maximum penalty would have been \$25,000.

88 The fact is however that Eddy Match did preserve its subsidiaries as separate corporate entities and it was as such that they participated in the operation of the combine. This makes it necessary that sentence be pronounced against each one and I can find nothing to warrant any interference with the amounts fixed by the learned trial judge.

89 On the second point it is argued that the condemnation to pay the costs of the prosecution including a reasonable indemnity for loss of time was made contrary to ss. 1044 and 1047 of The [Criminal Code](#) and that it constitutes an additional penalty not provided for by s. 32 of the Act.

90 Respondent answers that the offence of [s. 32](#) is an indictable one and that by [s. 28 of The Interpretation Act, R.S.C. 1952, c. 158](#) all the provisions of The [Criminal Code](#) are applicable. In this connection we are referred to *Rex v. Canadian Import Co., supra*, a case in which the prosecution was under the Act and The Criminal Code.

91 It appears to me that [s. 28 of The Interpretation Act](#) justifies the application by the learned trial judge of s. 1044 of the Code and for this reason I would hold unfounded the argument advanced by appellants.

92 Under s. 1040(2) of The [Criminal Code](#) the learned trial judge could have included in the costs above mentioned an allowance for loss of time. However instead of fixing an amount which could have been allowed under that section of the Code, he said:

Les dits frais comprendront une indemnité raisonnable pour perte de temps, et advenant qu'il serait impossible aux parties de s'entendre quant à ladite indemnité ou pour toute autre question relative aux dits frais, la Cour réserve à la poursuite de faire application devant moi pour argument et adjudication à ce sujet.

93 This reserve, assuming it to have been properly made, was rendered meaningless by the untimely death of the learned trial judge. In consequence and in virtue of the power given to this Court by s. 1015(c) of the Code, this reserve should be struck from the judgment.

94 For these reasons and subject to the above modification, I am of the opinion that the appeal from sentence should be dismissed.

Appeal dismissed.

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

Note: The trial ruling is reproduced at paras. 8-37, and the Court of Appeal's substantive ruling begins at para. 38

R. v. Elliott

Ontario Judgments

Please see in particular para. 57 (*per* Osler J.A.) and para. 17 (*per* Meredith J. in the Court below).

Ontario Court of Appeal

Moss C.J.O., **Osler**, MacLennan, Garrow and MacLaren JJ.A.

January 23, 1905

[1905] O.J. No. 162 | 9 O.L.R. 648 | 9 C.C.C. 505

Rex v. Elliott

Case Summary

Criminal Law — Combination in Restraint of Trade — Conspiracy to Prevent or Lessen Competition — Criminal Code, sec. 690, sub-sec. (d); sec. 930 — 52 Vict. ch. 41, sec. 5(D.).

Defendant was president and took an active interest in an association, one of the declared objects of which was the protection of its members who were dealers in coal, against the shipment of coal direct to consumers by producers. It was also formed to prevent members, including any local organization who had become members, from buying coal from any producer, who sold direct to consumers or to dealers who refused to maintain prices as fixed. When notified no member was permitted to purchase coal of any producer, etc., who sold direct to a consumer in any place where there was a member of the organization, or who sold to dealers who refused to maintain prices. For violations of these provisions, a claim for 50 cents a ton might be made for coal so irregularly sold, and if allowed and not paid by the defaulting member, after notice, any member dealing with the defaulter was liable to be expelled from the association. All these provisions and others having the same object were embodied in the printed constitution and bylaws of the organization, which were in force up to the time of the trial.

Evidence was given of sales having been refused to dealers, not members of the association, for that reason and that dealers could not become members as of right; that a list of members and non-members was published, the latter of whom were not allowed to purchase except at retail prices, and that the association was in effective and active operation according to its constitution and by-laws. By sec. 520, sub-sec. (d) of the Criminal Code, as amended, every one is guilty of an indictable offence, etc., who conspires, combines, agrees or arranges with any other person ... To unduly prevent or lessen competition in the production, manufacture, purchase, barter or sale, transportation or supply of any article or commodity which may be a subject of trade or commerce:

Held, that the defendant was rightly convicted of an offence under the sub-section, the

plain object of the association being to restrict and confine the sale of coal by retail to its own members, and to prevent anyone else from obtaining it for that purpose from the operators and shippers.

Held, also that, the offence being a continuing one, sec. 930 of the Code (if applicable to indictable offences) which limits the time for laying any information to within two years after the offence is committed did not apply.

Held, finally that a cross appeal by the Crown did not lie as sec. 5 of 52 Vict. ch. 41(D.), only gives an appeal from a conviction.

1 THIS was an appeal from the judgment of Meredith, J., at the trial.

2 The defendant was indicted and charged with offences under sub-sections (b), (c) and (d) of section 520 of the Criminal Code, 63 & 64 Vict., ch. 46(D.), and having elected to be tried without a jury, was tried at the Assizes in Brantford, on the 15th and 16th of April, 1903, before Meredith, J. [9 OLR Page649]

3 It appeared that the defendant was president of and took an active interest in the conduct of the affairs of "The Ontario Coal Association"; that that association had a formal constitution and by-laws, which declared that the object of the association was to protect its members against the shipment of coal direct to consumers by producers, miners, etc.: that any shareholder who had certain business facilities and was regularly engaged in the sale of coal was eligible for membership; that any organization of coal dealers was eligible for membership; that wholesale shippers might become honorary members; that charges, complaints and grievances were to be settled, in case amicable adjustment failed, by the executive board; that on notification, no member should buy coal of any producer, etc., who sold direct to any consumer in any town where there was a member, or to dealers who refused to maintain the prices fixed by the local organization; that any producer who did so, lost his standing in the association; that any member, doing business in the town where such sale was made, might claim fifty cents a ton on such sale; and if not paid by the offender, members were to be notified that he was not in good standing, and any member dealing with him after such notification might be expelled from the association; lists of members in good standing were to be published; operators and shippers not in good standing were to be so reported.

4 A list of members was published and distributed, as well as a "look-out list" addressed "To our wholesale friends;" of persons who were not regular dealers; according to the rules of the association, and sales to whom would cause injury and might result in trouble to the shipper.

5 There was evidence that coal dealers and shippers in Buffalo had refused to sell coal

wholesale to persons in Ontario because they were not members of the association, and that dealers in Ontario could not become members of the association, as of right, because the state of the coal business would not admit of additional competition; and that persons on the "look-out" list could not purchase, except at retail or net ton prices, from [9 OLR Page650] members of the association, and that the association was in effective and active operation.

6 It was contended on behalf of the defendant that the meaning of "conspire;" in section 520 of the Code, was limited by the definition of "conspiracy," in section 516, and that it was not proved that the defendant had been guilty of any "unlawful" act; and that as the association had been formed in the year 1902, section 930 applied and the prosecution had not been commenced in time.

7 At the conclusion of the trial, the learned Judge found the defendant guilty of the offence charged under sub-section (d) of section 520; but not guilty upon the other counts under subsections (b) and (c); and that section 930 did not apply, and directed that the defendant should enter into a recognizance for \$4,000 to appear and receive sentence when called upon.

The judgment pronounced at the trial was as follows: MEREDITH J.

8 "Every one is guilty of an indictable offence, and liable to a penalty not exceeding four thousand dollars, and not less than two hundred dollars, or to two years' imprisonment, or, if a corporation, is liable to a penalty not exceeding ten thousand dollars, and not less than one thousand dollars, who conspires, combines, agrees or arranges with any other person, or with any railway, steamship, steamboat or transportation company

"(a) To unduly limit the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any article or commodity which may be a subject of trade or commerce; or

(b) To restrain or injure trade or commerce in relation to any such article or commodity; or

(c) To unduly prevent, limit or lessen the manufacture or production of any such article or commodity, or to unreasonably enhance the price thereof; or

(d) To unduly prevent or lessen competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of any such article or commodity, or in the price of insurance upon person or property." 63-64 Vict. ch. 46, sec. 520(D.). [9 OLR Page651]

9 The accused is charged with three offences under this section of the Criminal Code, namely, a conspiracy to prevent or lessen competition, under sub-sec. (d); a conspiracy to restrain and injure trade or commerce, under sub-sec. (b); and a conspiracy to unreasonably enhance prices under sub-sec. (c).

10 There was, in fact, but one agreement or combination--though it may have been renewed from time to time --and if but one agreement, there can be but the one crime, even though that agreement comprehended the doing all of those things made unlawful by this section. The crime is in the conspiracy, not in the unlawful acts comprehended in it. If A and B agree unreasonably to enhance prices, and unduly prevent competition, contrary to the form of this statute, that is but one offence of conspiracy; but if they agree separately as to the one thing and as to the other, as, for instance, at one time as to one and at another time as to the other, there are two offences. By looking at the acts agreed to be done, instead of only at the agreement to do them, the crime is apt to be wrongly multiplied. A conspiracy to rob a man, to burn his dwelling-house, and to kill him, is but one crime, if all be included in the one agreement; if the deeds are done, or attempted, there are three crimes, but crimes of a different character, and additional to the crime of conspiracy: see *The State v. Sterling* (1872), 34 Iowa 443, and *The Queen v. Button* (1848), 11 Q.B. 929.

11 In this case there was but the one agreement, the one conspiracy. There was no separate agreement as to any of the several restraints of trade complained of; there can, therefore, be but the one crime, if any; but if there is proof of a conspiracy to do any one of the prohibited acts set out in the indictment, that is, of course, enough to require a conviction.

12 If found guilty, the conviction should, therefore; be for one offence only: it ought not to be made to appear as if the accused were guilty of three crimes instead of only one crime.

13 *The Queen v. Gompertz* (1846), 9 Q.B. 824, does not really conflict with this view of the crime, and the manner in which it should be dealt with. It could never have been meant, by the judgment in that case, that the accused should be punished as if guilty of more than one offence; and, if so, it would be better that the indictment should be confined to one count, and [9 OLR Page652] certainly, however effected, that the accused should be convicted and punished for one crime only: see *O'Connell v. Her Majesty The Queen* (1844), 11 Cl. & F. 155, and *The King v. Hollingberry* (1825), 4 B. & C. 329.

14 The guilt of the accused--guilt of one crime of conspiracy- -depends upon whether it has been proved that he did agree with others for the doing of any one of the things charged in the indictment.

15 It is proved--indeed, it is not denied--that he agreed with others to lessen and to prevent competition in the sale of anthracite coal: the one question is was the purpose of that agreement to lessen or prevent such competition unduly?

16 The accused and the others formed an association the purpose of which was plainly to obtain for themselves the whole control of the purchase, for the purpose of sale in this Province, and the sale of it in the Province, of all such coal, for their own profit and advantage. This is evident even from the rules of the association, prepared, doubtless, with considerable care to appear unobjectionable, or as little objectionable as possible, as well as by their president's--the accused's--conduct of its affairs. Not only does he seem to have believed in the association's purpose and power to monopolize trade, but also to have exercised such powers in a fittingly imperious manner: see *Harding v. The American Glucose Co.* (1899), 182 Ill. 551.

17 Such coal has become practically one of the necessities of life in this Province, as well as in some other countries. Can it be said that a monopoly of the whole supply, by the accused and the other dealers in the commodity associated with him, with the consequent power it would give them, whether exercised to the full for their own gain or not, is not an undue prevention or lessening of competition in the supply of the commodity? My answer to the question must be that it is a dangerous power, unfair, unreasonable and unjust towards mankind at large in the Province; towards those who might desire to trade in the commodity without joining the association and becoming a party to the wrong, and towards those who are obliged to buy--practically everyone; and, if so, it must assuredly be an undue prevention or lessening within the meaning of the statute. [9 OLR Page653]

18 It is not necessary to consider whether the mere combining of businesses, resulting in a prevention or lessening of competition, without any intimidation of anyone, or direct restraint upon output or import, would be any violation of the statute. Each case must depend upon the purposes, and the nature, and the intended effect, of the particular conspiracy, combination, agreement or arrangement, entered into. In this case there was intimidation of a character likely to be quite as effectual as, if not more so than, even a threat of physical force, and there was a direct and potent restraint upon the import of this necessary commodity--which is had only by importation--at a very critical period.

19 Nor is it necessary to consider what the common law is, or what is the effect of any of the statute laws of England in force in this Province, or how either has been affected by legislation here, for the sole charge is of a breach of the enactment in question--sec. 520 of the Criminal Code, as it now is--and upon that charge only has the accused been tried. But it may be called to mind that there has been, for a very long time, Provincial legislation, in a small way, against such acts as those under consideration: see the Municipal Act, R.S.O. 1897 ch. 223, sec. 580, sub-secs. 7 and 8, where the word "monopoly" is used in its ordinary meaning as I also employ it throughout this judgment, not in its strict legal signification: see *The King v. Norris* (1758), 2 Ld. Keny. 300, and *People v. Goslin* (1902), 171 N.Y. 627.

20 Nor is the case of *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.*, [1892] A. C. 25, an authority in the accused's favour, for in that case the circumstances, as set out by the Lord Chancellor, pp. 36-37, fall short of, and are widely different from, what was done in this case; but, much more, because that case expounds the law of England, where no such enactment as that in question exists, and where even the common law offences of badgering, engrossing, forestalling and regrating, had been utterly abolished by 7 & 8 Vict. ch. 24 (Imp.); whilst this case depends wholly and solely upon recent legislation aimed against undue interference with trade.

21 Now it is quite plain that Parliament intended by the [9 OLR Page654] enactment to further control the right to hamper and monopolize trade, though, until the second amendment of the Act, it seems to have failed strangely to effect such purpose, indeed to have produced quite futile enactments until the word "unlawful" was eliminated.

22 The accused has elected trial without a jury--a right given in the original enactment and still preserved--and I am, therefore, required to exercise the duties of both Judge and jury, subject to appeal; and I find, as a fact, that the accused did conspire with others unduly to lessen competition in the purchase and sale of anthracite coal, a commodity which may be and was and is a subject of trade.

23 It would be difficult for me to suggest what would be such an undue lessening of such competition, if the domineering and absolute control over the commodity which the association designed and endeavoured to get, and to exercise, be not undue. It was not merely endeavouring to control the market, but to prevent altogether a market for the commodity, to give the members of the association a complete monopoly of it, to take it out of the open market entirely: see *Morris Run Coal Co. v. Barclay Coal Co.* (1871), 68 Pa. St. 173.

24 But it is contended that the right to prosecute is barred by the lapse of time under sec. 930 of the Criminal Code, the contention being that the members of the association are relieved from all criminal liability because the information was not laid within two years from the formation of the association. Section 930 is in these words: "No action, suit or information shall be brought or laid for any penalty or forfeiture under any such Act except within two years after the cause of action arises or after the offence is committed, unless the time is otherwise limited by such Act."

25 "Any such Act" is any Act in respect of which any pecuniary penalty or any forfeiture, for violation of it, is provided see section 929.

26 It is difficult to see how section 930 can apply to this case, in which the accused, if guilty, can be imprisoned for two years or fined not less than \$200 or more than \$4,000. It is difficult to perceive how the information, not seeking to recover any penalty or

forfeiture, but laid for the purpose of having the full [9 OLR Page655] punishment imposed, can be said to be an information laid for any penalty or forfeiture. But, if it were, the combination, the conspiracy, was renewed from time to time, at the association's meetings, and when new members were added, and otherwise. So that even if the section were applicable, it would be impossible to give the accused the benefit of the limitation. It would be strange, if a continuing wrong of this character should cease to be a wrong, or to be punishable, because it had been carried on unpunished for two years; and, if so, another strange result would follow, one punishment would give the right to continue the wrong always under the one conspiracy.

27 The accused is not relieved by this section of the Code.

28 Another point, which occurred to me during the trial, but which was not relied upon by Mr. Brewster, is, that the coal is not a product of this Dominion, but was produced in a foreign country, and so the pressure to be put upon the dealers there, was something to be done beyond the jurisdiction of this Court; but there was pressure to be brought to bear upon any one selling or buying in this Province; and the combination of dealers and their monopolizing agreement, were entered into in this Province, for the purpose of controlling entirely the sale of the coal and the purchase of it for sale or use, in this Province, and so the case is one within the jurisdiction of this Court. It is not like the case of a conspiracy here to do a wrong wholly in a foreign country, however the law may now be in such a case.

29 I, therefore, record a verdict of guilty upon the first count, and not guilty upon the other two counts, because not so clearly sustained in evidence and for the reasons before given.

30 The case is a test one, and one which may well go to the highest of our Courts of Appeal, to settle the law in regard to the enactment, which is said, as yet, to have had no judicial interpretation. The accused acted without an actual knowledge that he was doing wrong, and indeed upon legal advice that he was not. In these circumstances, I was minded to impose the minimum punishment, but the accused prefers and desires to be liberated upon suspended sentence; the Crown consents, and there is no valid objection to that course.

31 The accused will be bound over in \$4,000, the amount of [9 OLR Page656] the maximum fine, to appear, when called upon, to be sentenced, as provided for by section 971 of the Criminal Code.

32 From this judgment the defendant appealed to the Court of Appeal, and the Crown cross-appealed on the ground that the defendant should have been found guilty under sub-sections (b) and (c), as well as under sub-section (d).

33 The appeal was argued on November 22nd, 1904, before the full Court, composed of MOSS, C.J.O., OSLER, MACLENNAN, GARROW, and MACLAREN, JJ.A.

34 Brewster, K.C., for the defendant's appeal. The appeal is brought under sec. 5 of 52 Vict. ch. 41(D.) The evidence shews that the object of the association was merely to prevent the wholesaler from selling direct to customers of the members of the association. They were not prohibited from so selling, but put to their election by being told, if you do you cannot deal with us-any one has the right to do that. The question here is, has the defendant unduly conspired or combined. "Unduly" means "unlawfully:" sec. 516. "Undue" means "not right:" Century Dict. The objects of the association were not unlawful, and any lawful object is not undue or even unreasonable. I refer to Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co., [1892] A.C. 25; Gibbins v. Medcalfe (1903), 23 C.L.T. Occ. N. 308; The Queen v. The American Tobacco Co. of Canada (1897), 3 Revue Jurisprudence 453; Bohn Manufacturing Co. v. W. G. Hollis (1893), 54 Minn. 223; Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co. (1884), 13 Lea (Tenn.) 507; Macauley Bros. v. Tierney (1895), 19 Rd. I. 255. The association was formed in the year 1902, so the prosecution was not commenced in time: sec. 930.

35 Clute, K.C., contra. The association really dictated who should purchase coal. The members could raise the prices of coal and prevent others from selling lower. The association was a regular monopoly, with complete machinery. New members could not join, as it was considered there were enough in already--that destroyed competition. English and American cases do not assist here, as they are not decided on a statute like ours. Our statute intended to create an offence. For [9 OLR Page657] "Undue preference" and "Unduly preventing competition," see Stroud's Judl. Dict. 2128. He also referred to Regina v. Frawley (1894), 25 O.R. 431; Regina v. Connolly & McGreevy (1894), 25 O.R. 151. Acts done in pursuance of a common design may be given in evidence: The King v. Gill & Henry (1818), 2 B. & A. 204.

36 John Cartwright, K. C., Deputy Attorney-General. The Act intended the word "unduly" to take the place of "unlawful." There would be no use in passing a statute against anything already unlawful. I refer to Crump v. Commonwealth (1888), 10 Am. St. R. 895, at p. 903.

37 Brewster, in reply.

January 23. The judgment of the Court was delivered by OSLER J.A.

38 The defendant was indicted for an offence against section 520(d) of the Criminal Code, which enacts that every one is guilty of an indictable offence and liable to a penalty not exceeding \$4,000 nor less than \$200, or to two years' imprisonment, who conspires, combines, agrees or arranges with any other person, or with any railway,

Steamship, steamboat or transportation company (d) to unduly prevent or lessen competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of any article or commodity which may be a subject of trade or commerce, or in the price of insurance upon person or property.

39 The indictment came on for trial before Meredith, J., at the sittings of the High Court for the trial of civil and criminal cases at Brantford, in April, 1903, and the defendant elected to be tried by the learned Judge without the intervention of a jury, as provided by section 4 of 52 Vict. ch. 41(D.). He was found guilty as charged on that count of the indictment framed on the clause of the Code above referred to, and now appeals from the conviction in the manner provided by section 5 of the Act, 52 Vict. ch. 41(D.).

40 Mr. Brewster, for the defendant, argued that the word "unduly" in section 520 meant no more than "unlawfully;" and that as the acts which were the subject of the alleged conspiracy or agreement were not unlawful, it was not an offence [9 OLR Page658] within the Act to conspire or combine or agree to do or commit them; (2) That the prosecution was not commenced in time under section 930, which provides that no action, suit or information shall be brought or laid for any penalty or forfeiture except within two years after the cause of action arises or after the offence is committed, unless the time is otherwise limited by the Act, and that in the present case the time began to run from the date at which the agreement was first entered into.

41 It was proved that the defendant was the president and the active participant in an organization composed of himself and, inter alia, some of the persons mentioned in the indictment, known as the Ontario Coal Association, having a formal printed constitution and by-laws, approved on the 22nd September, 1900, which were in force and operation within two years before, and indeed up to the time of the trial.

42 Constitution: article I., section (2), declares that the object of the association "shall be the protection of its members against the shipment of coal direct to consumers by producers, mine-agents, shippers or jobbers, and the general improvement of the coal trade in the Province of Ontario."

43 Article V., section (2), provides, that any firm, individual, or corporation having the defined interest as shareholders in the association, and possessed of certain specified business facilities, and who are regularly and continuously engaged in the sale of coal in the Province of Ontario, shall be eligible for membership in the association. Section (4). Any organization of coal dealers in any city or town of the Province shall be eligible for membership and entitled to one vote for each member of their organization. Section (6). Miners, jobbers and wholesale shippers may become honorary members.

44 Article VII. provides for the mode of hearing and disposing of charges, complaints

and grievances. If amicable adjustment cannot be effected, the president is to be notified to call the executive board together for further action.

45 By-laws: Article V. When notified by the secretary, no dealer or member of any organization belonging to the association shall buy coal of any producer, miner, jobber or shipper who sells any anthracite coal direct to a consumer in any town where there is a member of this association, or who sells to [9 OLR Page659] dealers who refuse to maintain prices fixed by the local organization.

46 Article VI. Operators lose standing. No producer, miner, jobber or shipper who shall sell coal direct to a consumer in any town or city where there is a member of this association, or to a dealer who refuses to maintain the prices established by the local organization of the town in which he is located, shall be deemed to be in good standing with this association.

47 Article VII. provides for dealing with claims for violations of the laws of the association. For every sale of anthracite coal made in violation of the provisions of Articles V. or VI. of the by-laws, any member of the association doing business in the town or city where such irregular sale was made, may file a claim for 50c. per ton for all coal thus sold.

48 By sections (2), (3), and (4) the secretary of the association is to proceed to endeavour to obtain satisfactory redress from the operator or shipper complained of.

49 If the claimant is dissatisfied with the results obtained by the secretary, he may appeal to the executive board. If his claim is sustained by the executive board, the "defendant" is to be notified of the finding, and if the claim is not paid within ten days thereafter, the secretary shall notify every member of the association that the defendant (giving his name and place of business) is not in good standing with the association. Any member who continues to deal with such operator or shipper after receiving such notice may be expelled from the association on the finding of the board.

50 Article VIII. The secretary is to publish a list of all members in good standing after the annual meeting, and distribute to members and shippers generally.

51 Article IX. The association, through its secretary and executive board, desires to co-operate with all other Provincial and State organizations of like aim and purpose, and all operators and shippers who are not in good standing with the association shall be reported to officers of all other associations desiring to co-operate with this association.

52 A membership list was from time to time published in a small book or pamphlet, shewing such membership to be very widely distributed throughout Ontario: a "look-out list" was [9 OLR Page660] also published, addressed by the association "To our

wholesale friends," containing the names, according to the printed statement on the front page, of persons in various towns and cities in the Province "who are not regular dealers in coal according to the rules of eligibility of our association, and are not entitled to buy at wholesale under the rules of the trade; but who may seek to buy coal in carload lots at towns where our members are located; and sales made to them will cause an injury to our members and may result in trouble for the shipper. Our wholesale friends are requested to keep their list constantly on hand, as it will be a guide to them and a guard against irregular shipments;" etc.

53 There was evidence that coal-dealers and shippers in Buffalo, from where most of the anthracite coal used in the western part of the Province was procured, had refused to sell coal wholesale to persons in Ontario who were not members of the association, and for that reason; and that dealers in Ontario could not become members of the association as of right; and that at least one application had been refused, because the state of the coal business would not admit of additional competition; and also that persons on the "look out" list could not purchase except at retail or net ton prices from members of the association. In short, it was proved, perhaps unnecessarily, except for the purpose of shewing the continued existence of the agreement and of the objects of the association, as indicated by their constitution and by-laws, that it was in effective and active operation according to the terms therein set forth.

54 In Mr. Tremear's s useful edition of the Criminal Code, the various amendments of which section 520 has been the subject are well pointed out: p. 427.

55 As the section was originally framed, it simply imposed penalties in respect of a conspiracy to commit some unlawful act "unduly" in transactions of the nature of those mentioned in clauses (a), (c) and (d). What was or might be unlawful was left to be ascertained by the general law of the land on the subject, the limited scope of which, and the difficulty of its application, is well seen by such cases as *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.*, [1892] A.C. 25, and *Bohn Manufacturing Co. v. W. G. Hollis*, 54 Minn. 223, and *Macauley Bros. v. Tierney*, 19 Rh. I. 255. [9 OLR Page661] When this was further qualified by the word "unduly," it might seem that Parliament had defeated its own object, whatever it may have been, and had made the section unintelligible and innocuous by attaching a penalty only to a conspiracy to do an unlawful act unduly.

56 The difficulty became partially evident to the legislators of 1899, when the word "unduly" was struck out of the sub-clauses (a), (c) and (d). This left the application of the general law untrammelled within its narrow limits; but in the session of 1900 Parliament shewed that it meant to go further, and did so, by striking the word "unlawfully" out of the section, and restoring the word "unduly" to the sub-clauses referred to. Thus we are no longer thrown back upon the general law to ascertain what is (a) an unlawful limitation of the facilities for transporting, etc., articles or commodities which may be the subject of trade or commerce; (c) unlawfully preventing the manufacture or production of such

article or commodity, or (d) unlawfully preventing or lessening competition in its production, purchase, etc. It is the conspiracy to do these things unduly which is now made unlawful and an offence within the meaning of the section. I agree with the construction which has been placed upon it by my learned brother Meredith in this respect, and the cases I have referred to are of no assistance, as they would not improbably have been different in their result had the law for the courts which decided them been like ours. What is "undue" with reference to the acts which are the subject of the conspiracy, combination, agreement, or arrangement is now a question of fact upon the circumstances of each particular case, and I am unable to say that my brother Meredith was wrong in holding that the conspiracy, or agreement, or combination, by whatever name it may be called, proved in the present case, was one to unduly prevent or lessen competition in the purchase, sale, or supply of anthracite coal, which is a subject of trade or commerce of vital necessity to every member of the community.

57 The right of competition is the right of every one, and Parliament has now shewn that its intention is to prevent oppressive and unreasonable restrictions upon the exercise of this right; that whatever may hitherto have been its full extent, it [9 OLR Page662] is no longer to be exercised by some to the injury of others. In other words, competition is not to be prevented or lessened unduly, that is to say, in an undue manner or degree, wrongly, improperly, excessively, inordinately, which it may well be in one or more of these senses of the word, if by the combination of a few the right of the many is practically interfered with by restricting it to the members of the combination.

58 The plain object of this association was to restrict and confine the sale of coal by retail to its own members, and to prevent any one else from obtaining it for that purpose from the operators and shippers.

59 That the laws of the association were in some, if not in large measure, effective in attaining this object by their pressure, as well upon the dealers in Buffalo, as upon those persons in this country who desired to procure coal, and the members of the association who infringed its rules, was amply shewn by the evidence.

60 It was contended that the combination was not, within the statute because it affected only the supply at the source in a foreign country, but that is not its whole scope or limit by any means. It strikes at competition in this country in the supply and sale of coal here, and it is immaterial that it affects the conduct of the foreign vendor also, when that has reference to and affects persons resident here: *State v. Lancashire Fire Ins. Co.* (1899), 66 Ark. 466, 477; and see *The People of the State of New York v. Sheldon* (1893), 139 N.Y. 251; 20 Am. & Eng. Ency., 2nd ed., 854, 855.

61 As regards the objection that the prosecution was too late, and is barred by section 930 of the Code, it may admit of doubt, whether that section can apply to a prosecution by indictment, but, if it does, the objection fails because the offence was a continuing

one. The association remained in existence under and was governed by its by-laws and constitution, and its members, including the defendant, continued to act thereunder up to the time the prosecution was begun.

62 For these reasons the appeal must be dismissed and the conviction affirmed. [9 OLR Page 663]

63 As to the cross-appeal of the Crown, which asks that the defendant may be convicted on those counts of the indictment on which he was acquitted, I think it is sufficient to say that section 5 of the Act already referred to only gives an appeal from a conviction. The cross-appeal is therefore also dismissed.

Clute, K.C., and Wilkes, K.C., for the Crown.

Brewster, K.C., for the defendant.

Brewster, K.C., for the defendant's appeal.

Clute, K.C., contra.

John Cartwright, K. C., Deputy Attorney-General.