

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

145

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 16 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-bc.gc.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

K.R.J. *Appellant***v.****Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) and
British Columbia Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. K.R.J.****2016 SCC 31**

File No.: 36200.

2015: December 2; **2016: July 21.**

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,
Moldaver, **Karakatsanis**, Wagner, Gascon, Côté and
Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

Please see in particular paras. 82-83
and 92*c.***Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) et
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. K.R.J.****2016 CSC 31**

N° du greffe : 36200.

2015 : 2 décembre; 2016 : 21 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon,
Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)c), d).

Section 11(i) of the *Charter* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to “the benefit of the lesser punishment”. When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code* gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)). In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended before the amendments came into force. In March 2013, the accused pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011. By virtue of the convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the accused.

The sentencing judge concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied retrospectively. He therefore imposed a prohibition order under s. 161, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the accused committed the offences. On the Crown appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders, and therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). The majority allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the accused.

Held (Abella and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* qualify as punishment such that their retrospective operation limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. Under s. 1 of

L’alinéa 11*i*) de la *Charte* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel* confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant d’interdire au délinquant de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve de certaines conditions ou exemptions. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)). Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permette de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications. En mars 2013, l’accusé a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions avaient été commises entre 2008 et 2011. Étant donné les déclarations de culpabilité et l’âge de la victime, le juge était tenu de se demander s’il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s’est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s’appliquer rétrospectivement de sorte que l’accusé y soit assujéti.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu qu’une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Il a donc interdit sur le fondement de l’art. 161 les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’accusé avait commis les infractions. Dans le cadre de l’appel du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visaient à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne pouvaient être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Ils ont accueilli l’appel et soumis l’accusé aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), appliquant ceux-ci rétrospectivement.

Arrêt (les juges Abella et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dispositions issues des modifications apportées aux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* sont assimilées à une peine, de sorte que leur application rétrospective restreint le droit

the *Charter*, while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit. Accordingly, the appeal should be allowed with respect to s. 161(1)(c), but dismissed with respect to s. 161(1)(d).

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Section 11(i) of the *Charter* constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively. This constitutional aversion for retrospective criminal laws is primarily motivated by the desire to protect the fairness of criminal proceedings and safeguard the rule of law. Rules pertaining to criminal punishment should be clear and certain. To attract the protection of s. 11(i), the new prohibition measures must qualify as “punishment”. In *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to punishment under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence; and (2) it must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

This test requires two clarifications. First, while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing and is therefore an insufficient litmus test for defining punishment. Thus, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment. Second, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. Doing so enhances fairness and predictability in punishment and is consistent with this Court’s jurisprudence.

Accordingly, the s. 11(i) test for punishment should be restated as follows: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it

garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*. À la lumière de l’article premier de la *Charte*, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, constitue une restriction raisonnable. Par conséquent, le pourvoi est accueilli quant à l’al. 161(1)c), mais rejeté quant à l’al. 161(1)d).

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : L’alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient principalement à la volonté de protéger l’équité des procédures criminelles et de garantir la primauté du droit. Les règles applicables aux sanctions criminelles doivent être claires et certaines. Pour faire jouer la protection de l’al. 11*i*), les nouvelles interdictions doivent constituer une « peine ». Dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a dégagé un critère à deux volets qui permet de décider si une conséquence équivaut ou non à une peine au sens de l’al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) elle doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine.

Deux précisions s’imposent relativement à ce critère. Premièrement, même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine et elle n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine. Par conséquent, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine. Deuxièmement, le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l’incidence de la sanction sur le contrevenant. Une telle prise en compte permet d’accroître le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction et elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il convient de reformuler comme suit le critère permettant d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un

is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. To satisfy the third branch of this test, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public.

Applying this reformulated test, the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment. The prohibitions found in these amendments are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions. Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the accused of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the lesser punishment.

To be justified under s. 1 of the *Charter*, a law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the accused who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis and is of sufficient importance to warrant further scrutiny.

There is clearly a rational connection between this objective and retrospectively giving sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect. Further, given

accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Pour satisfaire au troisième volet du critère, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis.

Au vu du critère ainsi reformulé, les nouvelles interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l'infliction d'une peine plus importante que les interdictions antérieures. Par conséquent, l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient restreint le droit garanti par l'al. 11*i*) puisqu'elle empêche l'accusé de faire l'objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l'art. 161, c'est-à-dire de la peine la moins sévère.

Pour être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective des modifications de 2012 — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'accusé, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la poursuite de l'examen.

Il existe manifestement un lien rationnel entre cet objectif et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). La raison et la logique suffisent pour établir que

the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective application of the amendments would have compromised Parliament's full objective, the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) rights as little as reasonably possible.

Finally, the deleterious and salutary effects of the law must be assessed. This final stage of the proportionality inquiry is important because it allows courts to transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society in direct and explicit terms. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the heart of s. 1.

The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. The new s. 161(1)(c) goes much further and prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years in a public or private space. By impacting people like the accused with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. The Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. The benefits society stands to gain are marginal and speculative. The Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, yet, at its root, s. 11(i) is about the timing of changes to penal laws. The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) should apply only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force.

le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétroactif. En outre, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, l'application rétroactive des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire.

Enfin, il faut apprécier les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit. Cette dernière étape de l'examen de la proportionnalité est importante car le tribunal peut alors transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne d'une manière directe et explicite. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites, de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. Bien que, de nos jours, au Canada, l'atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours relatif à l'article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier.

Les effets préjudiciables de l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) sont importants. Le nouvel al. 161(1)c) permet au tribunal d'aller beaucoup plus loin et d'interdire d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de 16 ans dans un lieu public ou privé. En condamnant un contrevenant comme l'accusé à une peine dont il ne se savait pas passible, l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Les enfants sont malheureusement victimes d'infractions sexuelles depuis des siècles. Le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le degré de protection accrue offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l'interdiction. Les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Le ministère public n'a pas fait valoir l'existence d'une justification d'ordre temporel de la restriction rétroactive du droit et, pourtant, l'al. 11*i*) s'intéresse foncièrement au moment où intervient la modification d'une disposition à caractère punitif. L'application rétroactive de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. Dès lors, l'alinéa ne devrait s'appliquer que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant dont l'acte criminel est postérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on using the Internet or other digital network is more intrusive than the previous ban on using a computer system for the purpose of communicating with young people. As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. However, s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete. The previous prohibition was insufficient to address the evolving risks. On balance, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. The harms at stake are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

In summary, the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. While the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit.

Per Abella J. (dissenting in part): The *Charter* breach of s. 161(1)(d) cannot be justified. The wording of s. 11(i) is unequivocal. The absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications.

The Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through compelling evidence

Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L'interdiction totale d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique constitue un plus grand empiétement que l'interdiction antérieure d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec de jeunes personnes. Comme pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c), l'infliction d'une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l'équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. Toutefois, l'al. 161(1)d) s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le degré que la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque. Tout bien considéré, le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Les préjudices en jeu sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Bref, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L'application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*. L'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11*i*), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, constitue une restriction raisonnable.

La juge Abella (dissidente en partie) : L'atteinte de l'al. 161(1)d) à la *Charte* ne saurait se justifier. Le libellé de l'al. 11*i*) est sans équivoque. La formulation absolue employée à l'art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influencer sur l'analyse que commande l'article premier par l'exigence de la justification la plus stricte.

Le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit convaincre le tribunal

that the previous provisions so significantly undermined the government's objectives, that the retrospective application of the greater punishment was justified. The Crown's evidentiary record here was insufficient to justify the retrospective application of the impugned provisions. Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d), to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*. In this case, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former restrictions. As a result, while there is agreement with the majority that both s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* violate s. 11(i) of the *Charter* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1, neither can s. 161(1)(d) be justified.

Per Brown J. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the conditions which a sentencing judge may impose under s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* constitute punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter* and that their retrospective application infringes s. 11(i). There is also agreement that the Crown has met its burden of justifying the infringement of s. 11(i) in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d). However, the Crown has also done so in respect of the conditions impossible under s. 161(1)(c) relating to contact with children. The retrospective application of both conditions should therefore be upheld under s. 1 of the *Charter*.

The harm addressed by s. 11(i) is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. This means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The *Oakes* test is not, and should not be treated as, a technical inquiry. The majority's rigid and acontextual application of *Oakes* causes it to lose sight of the broader context and overall goals

que l'application des dispositions antérieures aurait si considérablement compromis les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée. Le dossier de preuve du ministère public en l'espèce est insuffisant pour justifier l'application rétrospective des dispositions contestées. Loin d'offrir une preuve de nature à convaincre, le ministère public n'a produit à l'appui de l'al. 161(1)(d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l'al. 11*i*), il suffit d'invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l'évolution technologique ou toute autre considération, l'État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l'application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l'al. 11*i*) de la *Charte*. En l'espèce, nul élément de la preuve n'indique comment l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettaient les anciennes interdictions. Par conséquent, il y accord avec les juges majoritaires que les al. 161(1)(c) et d) du *Code criminel* contreviennent tous deux à l'al. 11*i*) de la *Charte* et que l'al. 161(1)(c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. L'alinéa 161(1)(d) ne peut cependant pas être justifié non plus.

Le juge Brown (dissident en partie) : Comme le concluent les juges majoritaires, chacune des interdictions que le juge qui détermine la peine peut prononcer en vertu des al. 161(1)(c) et d) du *Code criminel* constitue une peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte* et l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l'al. 11*i*). Le ministère public s'est certes acquitté de son obligation de justifier l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*) en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)(d). Toutefois, il s'en est également acquitté quant à l'interdiction prévue à l'al. 161(1)(c), à savoir celle d'avoir des contacts avec des enfants. L'application rétrospective des deux interdictions devrait donc être jugée conforme à l'article premier de la *Charte*.

Le préjudice que vise à contrer l'al. 11*i*) n'est donc pas la peine comme telle, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. Cette caractéristique de la protection de l'al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l'analyse que commande l'article premier, étant donné que, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l'atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L'application du critère de l'arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas

sought by Parliament. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

A broad examination of Parliament's purpose is necessary in order to anchor a useful proportionality analysis because of the unique means-based quality of s. 11(i)'s protection. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, the majority's characterization of the objective should be accepted: the objective is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by sexual offenders. The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to reoffend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there are no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

The final stage of the proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. Insisting upon too strict an evidentiary burden must be carefully avoided. However, the majority does precisely that by demanding empiricism where none can exist. Given the complex social context in which Parliament develops policy, it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefits its measure will achieve.

The majority errs by overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation while understating its salutary effects. Section 161(1)(c) prohibits

être tenue pour telle. En appliquant l'arrêt *Oakes* avec rigidité et sans tenir compte du contexte, les juges majoritaires perdent de vue le tableau général et l'objectif global du législateur. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s'acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu'il s'agit de s'attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur en raison de la caractéristique propre à l'al. 11*i*), soit la protection fondée sur le moyen. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. La caractérisation par les juges majoritaires de l'objectif de cette mesure, à savoir accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, doit être retenue. L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'acte criminel a été commis avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par le par. 161(1) dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Il faut bien se garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict. Or, c'est précisément ce que font les juges majoritaires en exigeant une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune. Compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l'État d'avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d'une mesure.

Les juges majoritaires font erreur en exagérant les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques.

only unsupervised contact with children, and is subject to any other exemptions that the sentencing judge sees fit to impose. The majority's interpretation of the restriction on liberty worked by s. 161(1)(c) is over-expansive and is at odds with the well-established principle that the criminal law's prohibitions on conduct should be construed strictly. Further, the majority's insistence on a compelling temporal justification for the retrospective operation of s. 161(1)(c) when assessing the deleterious impact of its retrospective operation on the rule of law is inappropriate. The majority is, in substance questioning whether Parliament's objective in enacting a retrospective increase in punishment was truly pressing and substantial. Temporal considerations are not relevant when assessing the deleterious effect of a retrospective punishment on the rule of law because all retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament's reasons for enacting them.

As to the salutary effects, the risk posed to children by offenders like the accused simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The evidence before Parliament showed that a majority of sexual offences against children were committed by family members or acquaintances. The previous version of s. 161(1) could not be used to restrict an offender's ability to interact with children in private, even if that is where the offender poses the greatest risk to reoffend sexually against children. The salutary effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation seem manifest.

All the reasons identified by the majority in support of the conclusion that the limit imposed on the s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). The condition in s. 161(1)(c) is also highly tailored and discretionary, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. If the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender's s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

Cette disposition n'interdit que les contacts non supervisés avec des enfants, et l'ordonnance rendue sur son fondement peut être assortie de toute exemption que le juge chargé de déterminer la peine estime indiquée. L'interprétation par les juges majoritaires de la restriction du droit à la liberté opérée par l'al. 161(1)(c) est indûment libérale et va directement à l'encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l'interdiction d'une conduite doive être interprétée restrictivement. En outre, l'accent mis par les juges majoritaires sur l'existence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) dans leur appréciation de l'effet préjudiciable de l'application rétrospective n'est pas opportun. Ils remettent essentiellement en cause l'objectif poursuivi par le législateur par l'augmentation rétrospective de la peine lorsqu'ils se demandent s'il était véritablement urgent et réel. Les considérations d'ordre temporel ne sont pas pertinentes pour apprécier l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective sur la primauté du droit, car toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur.

En ce qui a trait aux effets bénéfiques, le risque que fait courir aux enfants un contrevenant comme l'accusé ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). Selon la preuve dont disposait le législateur, la plupart des infractions sexuelles perpétrées contre des enfants le sont par des membres de la famille ou par des connaissances. La version antérieure du par. 161(1) ne pouvait empêcher le délinquant d'interagir avec des enfants dans un lieu privé, alors que c'est précisément le contexte dans lequel le délinquant présente le risque le plus grand de récidive sexuelle contre des enfants. Les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) paraissent manifestes.

Les raisons invoquées par les juges majoritaires à l'appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit garanti par l'al. 11*i*), du fait de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d), valent également toutes pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c). L'interdiction que prévoit l'al. 161(1)(c) est elle aussi très bien circonscrite et relève du pouvoir discrétionnaire puisqu'elle n'est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu'elle est nécessaire et, en outre, qu'elle fait l'objet de toute exemption que le juge indique. Si l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l'al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c).

Balancing the salutary and deleterious effects of a *Charter*-infringing law is not an objective calculation because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders. However, despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. The salutary effects pursued in this case are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament's efforts in the criminal law realm. The provisions are sufficiently tailored so that no offender's s. 11(i) rights will be unduly limited. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; **referred to:** *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, aff'd [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

La mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques d'une règle de droit attentatoire ne constitue pas un calcul utilitaire objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l'occurrence l'effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l'effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels. Cependant, malgré l'impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Les effets bénéfiques escomptés en l'espèce justifient la restriction des droits : les préjudices que l'on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ni l'al. 161(1)*c*) ni l'al. 161(1)*d*) n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des alinéas en cause qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis une infraction énumérée, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, conf. par [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R.*

[2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By Abella J. (dissenting in part)

Canada (Attorney General) v. Whaling, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act, S.C. 1993, c. 45, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 161, 258(1)(d.1), 718 et seq., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1).

Authors Cited

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. "Integrating the Internet" (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

c. Sharpe, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

Canada (Procureur général) c. Whaling, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161, 258(1)d.1), 718 et suiv., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 1.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 16(1).

Doctrines et autres documents cités

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, p. 6787.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, p. 8967.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, p. 7.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, p. 4.
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. Karl Hanson and Kelly Morton-Bourgon, February 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-rcdvsm-pdtd/index-en.aspx).
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by Andrew J. R. Harris and R. Karl Hanson, March 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-rcdvsm/index-en.aspx).
- Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, xiii.
- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967.
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-rcdvsm/index-fr.aspx).
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton-Bourgon, février 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-rcdvsm-pdtd/index-fr.aspx).
- Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. « Introduction », in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, xiii.

Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. "Mechanical Jurisprudence" (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. "Proportionality and the Question of Weight", in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. "Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Re-staged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), setting aside in part a sentencing decision. Appeal allowed in part, Abella and Brown JJ. dissenting in part.

Eric Purtzki and Garth Barriere, for the appellant.

Lesley A. Ruzicka, for the respondent.

Richard Kramer and Marc Ribeiro, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Stacey D. Young and Jennifer A. Crawford, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. « Proportionality and the Question of Weight », in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Re-staged » (2012-2013), 43 *R.D. Ottawa* 431.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision relative à la détermination de la peine. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Brown sont dissidents en partie.

Eric Purtzki et Garth Barriere, pour l'appelant.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intimée.

Richard Kramer et Marc Ribeiro, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Stacey D. Young et Jennifer A. Crawford, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Nicholas St-Jacques and Lida Sara Nouraie, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon and Michael A. Feder, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] People's conduct and the legal consequences that flow from it should be judged on the basis of the law in force at the time. This is a basic tenet of our legal system.

[2] In recognition of this principle, s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to "the benefit of the lesser punishment". Like the other legal rights enshrined in s. 11 of the *Charter*, s. 11(i) is fundamentally important to our justice system because it protects the fairness of criminal proceedings and safeguards the rule of law.

[3] When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded

Nicholas St-Jacques et Lida Sara Nouraie, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon et Michael A. Feder, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d'une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s'appliquait au moment de la conduite reprochée. C'est là un précepte fondamental de notre système juridique.

[2] Conformément à ce principe, l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Comme les autres droits consacrés par l'art. 11 de la *Charte*, celui conféré à l'al. 11*i*) revêt une importance fondamentale pour notre système de justice, car il assure l'équité des procédures criminelles et garantit la primauté du droit.

[3] Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant de lui interdire de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité,

the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)).

[4] In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended *before* the amendments came into force. In other words, Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively.

[5] The issue in this appeal is whether the *retrospective* operation of the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* is constitutional. This issue engages two subsidiary questions. First, do the prohibition measures contained in s. 161(1)(c) and (d) constitute “punishment” such that their retrospective operation limits s. 11(i) of the *Charter*? Second, if so, is the limit a reasonable one as can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*? The application of these expanded prohibition measures to offenders who committed their offences *after* the amendments came into force is not at issue.

[6] I conclude that the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits s. 11(i) of the *Charter*.

[7] Turning to s. 1 of the *Charter*, I reach opposite conclusions with respect to s. 161(1)(c) and (d): while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is *not* a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) *is* a reasonable limit. My conclusion with respect to s. 161(1)(d) is chiefly due to the fact that Parliament enacted

sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)(c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)(d)).

[4] Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’infraction *avant* l’entrée en vigueur des modifications. Autrement dit, l’intention du législateur était que les modifications de 2012 s’appliquent de manière rétrospective.

[5] Nous devons décider si l’application *rétrospective* des dispositions issues des modifications de 2012 (les nouveaux al. 161(1)(c) et d) du *Code criminel* est constitutionnelle. Deux questions subsidiaires se posent alors. Premièrement, les interdictions prévues aux al. 161(1)(c) et d) constituent-elles une « peine », de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*? Deuxièmement, dans l’affirmative, s’agit-il d’une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au regard de l’article premier de la *Charte*? L’application des nouvelles interdictions au contrevenant dont les actes criminels sont *ultérieurs* à l’entrée en vigueur des modifications n’est pas en cause.

[6] Je conclus que les interdictions prévues aux al. 161(1)(c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L’application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*.

[7] En ce qui concerne l’article premier de la *Charte*, je tire des conclusions opposées à l’égard des al. 161(1)(c) et d). L’application rétrospective de l’al. 161(1)(c), qui permet d’interdire tout contact, *ne* constitue *pas* une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)(d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, *constitue* une restriction raisonnable. Ma conclusion relative à

the provision within a rapidly evolving social and technological context, which changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. Accordingly, I would allow the appeal in part.

II. Facts and Legislative History

[8] On March 6, 2013, the appellant pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011, and involved the appellant's preschool-aged daughter.

[9] When the appellant committed the offences, s. 161(1) of the *Criminal Code* read as follows:

161. (1) When an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 730, of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[10] After the appellant committed the offences, but before he was sentenced, s. 161(1) was amended

l'al. 161(1)d) s'appuie principalement sur le fait que le législateur a adopté la disposition dans un contexte sociotechnologique en constante évolution, un contexte qui a modifié à la fois le degré et la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

II. Faits et historique législatif

[8] Le 6 mars 2013, l'appelant a plaidé coupable à des accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions ont été commises entre 2008 et 2011, et la victime est la fillette de l'appelant.

[9] Lors de la perpétration des infractions, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l'article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d'une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l'égard d'une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner s'il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait, une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d'utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[10] Après que l'appelant eut commis les infractions, mais avant la détermination de sa peine,

by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1), which came into force on August 9, 2012. Section 161(1)(a) and (b) remained unchanged. But the Act modified s. 161(1)(c) to include prohibiting all contact with young persons, no matter the means, and introduced a new Internet prohibition through s. 161(1)(d). These amendments had the effect of expanding the scope of the community supervision measures a sentencing judge can impose on sexual offenders. Section 161(1)(c) and (d) now provide that a sentencing judge can prohibit an offender from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

[11] After the 2012 amendments came into force, the appellant was sentenced to nine years' imprisonment. By virtue of the appellant's convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition order under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the appellant.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Provincial Court — Klinger Prov. Ct. J.*

[12] The sentencing judge found that an order under s. 161 would be appropriate because “there is a serious risk to the safety of children under the age of 16 after [the appellant] is released”. However, on the basis of the test for punishment set out by this Court in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 63, he concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied

le par. 161(1) a été modifié par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, par. 16(1), entrée en vigueur le 9 août 2012. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés. Par contre, l'al. 161(1)c) interdisait désormais tout contact avec de jeunes personnes, peu importe le moyen, et un nouvel alinéa — 161(1)d) — interdisait l'utilisation d'Internet. Ces modifications ont eu pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine pouvait soumettre un délinquant sexuel. Les alinéas 161(1)c) et d) prévoient aujourd'hui que ce juge peut interdire au contrevenant :

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;

d) d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[11] Après l'entrée en vigueur des modifications de 2012, l'appelant a été condamné à neuf ans d'emprisonnement. Étant donné les déclarations de culpabilité et l'âge de la victime, le juge était tenu de se demander s'il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s'est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s'appliquer rétrospectivement de sorte que l'appelant y soit assujéti.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Klinger)*

[12] Le juge qui détermine la peine conclut qu'une ordonnance fondée sur l'art. 161 est indiquée, car [TRADUCTION] « la sécurité des enfants âgés de moins de seize ans sera exposée à un risque sérieux une fois [l'appelant] libéré ». Compte tenu du critère établi par la Cour en la matière dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 63, il estime toutefois qu'une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l'al. 11i) de la *Charte*, de sorte que les

retrospectively. Since no formal constitutional challenge was brought and the sentencing judge merely used s. 11(i) as a tool of statutory interpretation, no consideration was given to s. 1 of the *Charter*.

[13] In the result, the sentencing judge imposed a prohibition order under s. 161 for a period of seven years, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the appellant committed the offences.

B. *British Columbia Court of Appeal — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] On the Crown appeal, the appellant filed a formal constitutional challenge to the retrospective operation of the 2012 amendments. The Court of Appeal split over whether a violation of s. 11(i) had been established. Writing for the majority, Newbury J.A. concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders; therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). Newbury J.A. allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the appellant for a period of seven years.

[15] Groberman J.A., dissenting in part, concluded that the retrospective application of the 2012 amendments infringes s. 11(i). Applying *Rodgers*, Groberman J.A. concluded that s. 161 orders are consequences of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and thus qualify as “punishment”.

[16] Because the majority found that s. 11(i) was not engaged, the parties and the Court of Appeal did not address s. 1 of the *Charter*.

dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Vu l’absence de contestation constitutionnelle formelle et le fait qu’il ne recourt à l’al. 11*i*) qu’aux fins d’interprétation législative, le juge omet de considérer l’application de l’article premier de la *Charte*.

[13] Le juge interdit donc sur le fondement de l’art. 161, pour une période de sept ans, les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’appelant a commis les infractions.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] Dans le cadre de l’appel du ministère public, l’appelant a contesté formellement la constitutionnalité de l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. La Cour d’appel est partagée quant à savoir si l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) est établie ou non. Au nom des juges majoritaires, la juge Newbury conclut que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visent à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne peuvent être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Elle accueille l’appel et soumet l’appelant aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), rétrospectivement, pour une période de sept ans.

[15] Dissident en partie, le juge Groberman opine que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012 contrevient à l’al. 11*i*). Il s’appuie sur l’arrêt *Rodgers* pour conclure que les ordonnances fondées sur l’art. 161 sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, que les interdictions qu’elles prévoient sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu’il s’agit donc d’une « peine ».

[16] Vu la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit garanti par l’al. 11*i*) n’est pas en jeu, ni les parties ni la Cour d’appel ne se sont exprimées sur l’application de l’article premier de la *Charte*.

IV. Issues

[17] This case raises two constitutional questions:

- (1) Does the retrospective operation of s. 161(c) and (d) of the *Criminal Code* limit s. 11(i) of the *Charter*?
- (2) If so, is the limitation a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

[18] As a preliminary matter, I observe that although there is a presumption against the retrospective application of legislation that affects substantive rights (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10), the parties do not dispute the Court of Appeal's finding that the presumption has been rebutted in this case because Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively. I agree.

[19] This appeal thus turns on whether such retrospective application complies with constitutional standards.

A. *Do the 2012 Amendments Constitute Punishment Such That Their Retrospective Operation Limits Section 11(i) of the Charter?*

- (1) The Purpose of Section 11(i) of the Charter and the Interests It Protects

[20] Section 11 of the *Charter* protects the legal rights of accused persons when they are charged with an offence. Section 11 encompasses “crucial fundamental rights” (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, per Wilson J., at p. 558), including the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b)); the right to be presumed innocent (s. 11(d)); and the right against double jeopardy or punishment (s. 11(h)).

IV. Questions en litige

[17] Le dossier soulève deux questions constitutionnelles :

- (1) L'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* restreint-elle le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*?
- (2) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une restriction apportée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

[18] Je remarque au préalable que, bien qu'il existe une présomption à l'encontre de l'application rétrospective d'une disposition législative qui porte atteinte à un droit substantiel (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10), les parties ne contestent pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la présomption est réfutée en l'espèce, le législateur ayant voulu que les dispositions issues des modifications de 2012 s'appliquent de manière rétrospective. Je suis d'accord.

[19] L'issue du pourvoi tient donc à ce que cette application rétrospective est conforme ou non aux normes constitutionnelles.

A. *Les dispositions issues des modifications de 2012 infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'al. 11*i*) de la Charte?*

- (1) L'objet de l'al. 11*i*) de la Charte et les droits que celui-ci garantit

[20] L'article 11 de la *Charte* protège les droits de la personne inculpée, des « droits fondamentaux très importants » (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la juge Wilson, p. 558), dont celui d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), celui d'être présumé innocent (al. 11*d*)) et celui à la protection contre le double péril ou la double peine (al. 11*h*)).

[21] Section 11(i) is another such right:

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.

[22] Along with s. 11(g) — which protects an accused’s right “not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence” — s. 11(i) constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively.

[23] 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). One author expressed the rule of law implications of retrospective laws in these terms:

According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans.

(J. Gardner, “Introduction”, in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi)

[21] L’alinéa 11*i*) protège un autre de ces droits très importants :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[22] De pair avec l’al. 11g) — qui protège le droit de l’accusé « de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction » —, l’al. 11*i*) constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétroactivement.

[23] 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). Un auteur formule comme suit les répercussions d’une disposition d’application rétrospective sur la primauté du droit :

[TRADUCTION] L’idéal de la primauté du droit veut que la loi permette à celui qui y est assujéti de s’y fier afin de pouvoir éviter d’y contrevenir ou de pouvoir se représenter les conséquences juridiques d’une contravention au moment d’envisager quelque action. Les gens doivent pouvoir connaître la teneur de la loi et en tenir effectivement compte dans leur réflexion. La loi doit éviter de prendre les gens au dépourvu, de leur tendre un piège, de les mettre en opposition avec ses exigences de manière à tromper leurs attentes et à contrecarrer leurs plans.

(J. Gardner, « Introduction », dans H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2^e éd. 2008), xiii, p. xxxvi)

[24] 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).

[25] 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). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170:

It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. [p. 203]

[26] Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, quasi-criminal, or in which a “true penal consequence” is at stake — the context to which s. 11 applies (*Wigglesworth*, at p. 559).

[27] In sum, s. 11(i) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule

[24] 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).

[25] 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). Par exemple, l’accusé qui refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l’accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l’auteur de l’infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L’équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines. Comme l’a écrit la juge McLachlin dans *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170 :

C’est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C’est là un concept essentiel puisqu’une personne risque d’être privée de sa liberté et de subir la sanction et l’opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. [p. 203]

[26] Manifestement, les inquiétudes que suscite une disposition d’application rétrospective sont particulièrement grandes en matière de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu, ce qui correspond au contexte dans lequel s’applique l’art. 11 (*Wigglesworth*, p. 559).

[27] Bref, l’al. 11*i*) prend appui sur des valeurs fondamentales de notre système juridique, y compris

of law and ensuring fairness in criminal proceedings.

(2) The Framework for Defining Punishment in Section 11(i) of the Charter

[28] In *Rodgers*, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to “punishment” under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that “forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence”; and (2) it must be “imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing” (para. 63).

[29] In the course of articulating this test, Charron J. observed that a “liberal and purposive approach” must be taken to defining punishment (para. 61), but also cautioned that “punishment” does not “encompas[s] every potential consequence of being convicted of a criminal offence” (para. 63). For example, if a consequence advances a legitimate non-punitive state interest, such as solving future crimes, it will likely not constitute punishment, even if it indirectly furthers a sentencing objective like deterrence (*Rodgers*, at para. 64). Applying this test, Charron J. concluded that post-conviction DNA databank orders do not constitute punishment because they are imposed to assist in the *investigation* of future crimes, not in furtherance of the purpose and principles of sentencing. The fact that a DNA profile may deter offenders is merely a “residual benefit” (para. 64, quoting *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), at para. 102).

[30] While the first branch of the s. 11(i) test for punishment (consequence of conviction) has proven to be relatively straightforward, the second branch (imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing) has given rise to two key ambiguities. First, do laws that are primarily aimed at protecting the public necessarily fail to satisfy the second branch of the *Rodgers* test? Second, what

le respect de la primauté du droit et la garantie de l’équité des procédures criminelles.

(2) Le cadre dans lequel définir la peine au sens de l’al. 11i) de la Charte

[28] Dans *Rodgers*, la Cour dégage un critère à deux volets pour décider si une conséquence équivaut ou non à une « peine » au sens de l’al. 11i) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des « sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et (2) elle doit être « conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » (par. 63).

[29] Tout en formulant ce critère, la juge Charron fait remarquer que « l’interprétation libérale et téléologique » s’impose pour définir la peine (par. 61), mais elle fait aussi une mise en garde : « . . . la “peine” [n’englobe pas] toute conséquence pouvant découler du fait d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle » (par. 63). Par exemple, lorsqu’une conséquence sert un intérêt non punitif et légitime de l’État, comme la résolution de crimes ultérieurs, elle ne constitue vraisemblablement pas une peine même si, indirectement, elle est conforme à un objectif de la détermination de la peine, telle la dissuasion (*Rodgers*, par. 64). Au vu de ce critère, la juge Charron conclut que l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN qui fait suite à la déclaration de culpabilité ne constitue pas une peine, car elle intervient pour faciliter la tenue d’enquêtes sur de futurs crimes, non pour se conformer à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. La possibilité que l’existence d’un profil d’identification génétique décourage la récidive ne représente qu’un [TRADUCTION] « avantage secondaire » (par. 64, citant *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), par. 102).

[30] Bien que l’application du premier volet du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11i) (être la conséquence d’une déclaration de culpabilité) se révèle relativement simple, celle de son deuxième volet (la conformité à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine) soulève deux ambiguïtés fondamentales. Premièrement, la disposition qui vise

role does the impact a sanction can have on an offender play in the analysis? I address each question in turn.

- (a) *Do Laws Primarily Aimed at Public Protection Necessarily Fail to Satisfy the Second Branch of the Rodgers Test?*

[31] In this case, the Court of Appeal interpreted *Rodgers* as indicating that sanctions principally aimed at public protection necessarily fall outside the ambit of punishment. The Crown echoes this position before this Court. As I will explain, this position overreaches: while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing. Public protection is therefore an insufficient litmus test for defining punishment.

[32] The purpose and principles of sentencing have been the subject of extensive jurisprudence and are reflected, at least in part, in ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*: see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 1; see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 35. Section 718 provides that the “fundamental purpose of sentencing is to protect society” and to contribute “to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. This overarching purpose is accomplished by “imposing just sanctions” (s. 718) that reflect one or more of the traditional sentencing objectives: denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation, reparation, and promoting a sense of responsibility in offenders. Sections 718.1 and 718.2 go on to list a number of sentencing principles, including the fundamental principle of proportionality, that guide sentencing judges in crafting a fit sentence.

principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*? Deuxièmement, quel rôle joue dans l’analyse l’incidence de la sanction sur le contrevenant? J’examine successivement ces questions ci-après.

- a) *La disposition qui vise principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt Rodgers?*

[31] En l’espèce, la Cour d’appel conclut de *Rodgers* que la sanction dont la vocation principale est de protéger le public n’est forcément pas une peine. Le ministère public en convient devant notre Cour. Comme je l’expliquerai, c’est aller trop loin. Même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine. La protection du public n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine.

[32] L’objectif et les principes de la détermination de la peine font l’objet d’une jurisprudence abondante et se retrouvent, du moins en partie, aux art. 718 et suiv. du *Code criminel* (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1; voir également *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 35). L’article 718 dispose que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif général est atteint par « l’infliction de sanctions justes » (art. 718) qui tiennent compte d’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l’isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation et le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants. Les articles 718.1 et 718.2 énoncent en outre un certain nombre de principes de la détermination de la peine, y compris le principe fondamental de la proportionnalité, lequel guide le tribunal dans la détermination d’une peine juste.

[33] It is clear from the plain language of s. 718 that public protection is part of the very essence of the purpose and principles governing the sentencing process, a point emphasized by this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, per La Forest J., at p. 329: “... the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, [is] the protection of society”. It is therefore difficult to distinguish between sanctions intended to protect the public and sanctions intended to punish offenders. Doherty J.A. highlighted this difficulty in the recent case of *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Although his comments were made in the context of defining the common law presumption against retrospectivity, they are apposite here:

The distinction between sanctions intended to protect the public and those intended to punish offenders is difficult to make in the context of sentencing for criminal offences. Many criminal sanctions are designed to both protect the public and punish the accused. In fact, some sanctions protect the public by punishing the accused. The objectives of public protection and punishment often cannot realistically be separated and treated as individual and competing purposes in the sentencing context. [para. 42]

For these reasons, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment.

[34] To be clear, while measures imposed at sentencing for the purpose of protecting the public may constitute punishment under s. 11(i), a public-protection purpose is not, on its own, determinative. To satisfy the second branch of the *Rodgers* test, a consequence of conviction must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. As discussed, the purpose of sentencing is to “protect society” or advance “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society” (s. 718 of the *Criminal Code*) by fulfilling one or more of the traditional sentencing objectives (s. 718(a) through (f)) in accordance with the

[33] Suivant le sens ordinaire des termes employés à l’art. 718, la protection du public relève nettement de l’essence même de l’objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « ... l’objet fondamental du droit criminel en général et de l’imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non-rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l’espèce :

[TRADUCTION] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à l’auteur d’une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l’accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l’accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l’objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine. [par. 42]

C’est pourquoi la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine.

[34] Précisons que, lors de la détermination de la peine, une mesure prise pour protéger le public peut constituer une peine au sens de l’al. 11*i*), mais que l’objectif de la protection du public n’est pas décisif en soi. Pour satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. Rappelons que la détermination de la peine vise à « protéger la société » ou à promouvoir le « respect de la loi et [le] maintien d’une société juste, paisible et sûre » (art. 718 du *Code criminel*) grâce à la réalisation de l’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels

principles of sentencing reflected in ss. 718.1 and 718.2.

(b) *What Role Does the Impact of a Sanction Play in the Analysis?*

[35] Citing *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, at paras. 45-46, the Crown submits that the impact of a sanction on an offender is only relevant if it is out of proportion to the sanction's legislative purpose. That is, "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'" (*Cross*, at para. 45).

[36] As I shall explain, I conclude that the impact of a sanction has broader significance. While a sanction's impact was to some extent implicit in the *Rodgers* analysis, in my view, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. This is important for a variety of reasons.

[37] First, it accords with "the liberal and purposive approach" that must be taken in interpreting *Charter* rights, including s. 11(i) (*Rodgers*, at para. 61). The purposes of s. 11(i), which are centred on the rule of law and fairness in criminal proceedings, are compromised if the right is incapable of protecting offenders from the retrospective imposition of sanctions that have a significant impact on their liberty or security — regardless of the sanction's objective. As the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and the Association des avocats de la défense de Montréal all submit, fairness and predictability in punishment are enhanced when there is a pragmatic consideration of the impact of an impugned sanction.

énumérés aux al. 718a) à f), et ce, conformément aux principes de détermination de la peine qui se retrouvent aux art. 718.1 et 718.2.

b) *Quel rôle joue dans l'analyse l'incidence de la sanction sur le contrevenant?*

[35] Prenant appui sur l'arrêt *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, par. 45-46, le ministère public fait valoir que l'incidence de la sanction sur le contrevenant n'est à considérer que lorsqu'elle est sans commune mesure avec l'objectif législatif qui sous-tend la sanction. Autrement dit, [TRADUCTION] « lorsque l'incidence de la sanction est dans le droit fil de l'objectif législatif et n'est pas considérable au point de révéler plutôt l'intention de punir, il ne s'agit pas d'une "peine" » (*Cross*, par. 45).

[36] Comme je l'explique plus loin, j'estime que l'incidence de la sanction revêt une importance plus grande. Elle est jusqu'à un certain point prise tacitement en compte dans l'arrêt *Rodgers* et dans l'analyse que la Cour y effectue mais, à mon sens, le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l'incidence de la sanction sur le contrevenant. Cela importe pour diverses raisons.

[37] Premièrement, une telle démarche est compatible avec « l'interprétation libérale et téléologique » qui s'impose à l'égard des droits garantis par la *Charte*, y compris à l'al. 11*i*) (*Rodgers*, par. 61). Les objectifs de l'al. 11*i*), qui sont axés sur la primauté du droit et l'équité dans les procédures criminelles, sont compromis si le droit garanti ne peut protéger le contrevenant contre l'application rétrospective d'une sanction ayant une grande incidence sur sa liberté et sa sécurité, indépendamment de l'objectif de la sanction. Comme le soutiennent les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association des avocats de la défense de Montréal, le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction s'accroissent lorsque l'incidence de la sanction en cause est prise en compte avec pragmatisme.

[38] A “liberal and purposive approach” to punishment is appropriate because s. 11(i) is engaged only within a narrow sphere. As mentioned, in *Wigglesworth*, this Court held that s. 11 of the *Charter* applies only to proceedings that are criminal or quasi-criminal, or, regardless of the nature of the proceeding, if a “true penal consequence” such as imprisonment is at stake (p. 559). The Court in *Wigglesworth* gave s. 11 a narrow ambit so that “[t]he content of [the s. 11] rights [does not] suffer from a lack of predictability or a lack of clarity because of a universal application of the section” (p. 558). Although the “true penal consequence” test sets an indisputably high bar, it was developed to determine whether a person is nonetheless “charged with an offence” even if he or she is the subject of proceedings *outside* the criminal context. Within the criminal law context, the concerns motivating a narrow construction of “penal consequences” or “punishment” largely fall away.

[39] Second, a consideration of the impact of a sanction is consistent with this Court’s jurisprudence. Since the early days of the *Charter*, this Court has always looked to both purposes and effects when considering the constitutionality of laws: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331. And in the recent decision of *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, this Court adopted “a functional rather than a formalistic perspective” (para. 52), observing that, “[i]t is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment” (para. 60). The Court went on to conclude that the elimination of accelerated parole review violated s. 11(h) as it had a sufficiently significant impact on “an offender’s settled expectation of liberty” (para. 60). In doing so, the Court focused on the impact the retrospective law had on the offender, rather than the purpose animating the law: see H. Stewart, “Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, at p. 269. Although *Whaling* was concerned with the definition of punishment in the context of s. 11(h) of the *Charter*,

[38] Une « interprétation libérale et téléologique » est indiquée à l’égard de la peine car l’al. 11*i*) ne s’applique que dans un contexte bien délimité. Rappelons que, dans *Wigglesworth*, la Cour statue que l’art. 11 de la *Charte* s’applique seulement dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou bien, quelle que soit la nature de l’instance, lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu (p. 559). Elle ajoute que l’art. 11 a une portée étroite, de sorte que « [l]e contenu [des droits qu’il confère] ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d’une application universelle de l’article » (p. 558). Même si le critère de la « véritable conséquence pénale » établit un seuil indéniablement élevé, il a été conçu pour permettre au tribunal de décider si une personne est un « inculpé » même si elle fait l’objet d’une procédure *autre* que criminelle. En matière criminelle, ce qui justifie une interprétation étroite de la « conséquence pénale » ou de la « peine » disparaît pour l’essentiel.

[39] Deuxièmement, la prise en compte de l’incidence de la sanction est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Depuis les premiers jours de l’application de la *Charte*, la Cour s’est toujours penchée tant sur les objectifs que sur les effets d’une règle de droit pour se prononcer sur sa constitutionnalité (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). Et, dans le récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour adopte « [un] plan, sinon formel, du moins fonctionnel » (par. 52) et fait alors observer que « [l]a peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes légitimes de liberté » (par. 60). Elle conclut que la suppression de la procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) contrevient à l’al. 11*h*) puisqu’elle a une incidence suffisamment importante sur « l’attente légitime en matière de liberté » du contrevenant (par. 60). La Cour s’attache alors principalement à l’incidence de la loi d’application rétrospective sur le contrevenant, plutôt qu’à son objectif sous-jacent (voir H. Stewart, « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* »

harmony between s. 11(i) and (h) is desirable as fairness in punishment underlies both provisions.

[40] Third, an approach that accounts for a sanction's impact will assist in identifying the "lesser punishment" to which an accused is entitled. The punishment with the less severe impact on the liberty or security of an offender will be deemed to be the "lesser punishment" for the purposes of s. 11(i). A definition of punishment that focuses heavily on the objective of the sanction obscures this inquiry.

[41] Thus, I would restate the test for punishment as follows in order to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests.¹

[42] As this Court wrote in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143: "The *Charter* does not protect against insignificant or 'trivial' limitations of rights The [state action] must be significant enough to warrant constitutional protection" (p. 151). That is why, if a consequence of conviction is not imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, it must have a *significant* impact on an offender's constitutionally protected *liberty* or *security* interests before it will qualify as punishment for the purposes of s. 11(i). To satisfy this requirement, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage

(2015), 71 S.C.L.R. (2d) 263, p. 269). Bien que *Whaling* porte sur la définition de la peine pour les besoins de l'al. 11h) de la *Charte*, il convient d'harmoniser l'application des al. 11i) et h) puisque le caractère équitable de la peine sous-tend les deux dispositions.

[40] Troisièmement, une approche qui tient compte de l'incidence de la sanction est utile pour déterminer la « peine la moins sévère » susceptible d'être infligée à l'accusé. La peine dont l'incidence est la moins grande sur la liberté ou la sécurité du contrevenant devient la « peine la moins sévère » pour l'application de l'al. 11i). Définir la peine en s'attachant lourdement à l'objectif de la sanction nuit à la démarche.

[41] C'est pourquoi j'incline à reformuler comme suit le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l'incidence de la sanction : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité¹.

[42] Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la Cour affirme que « [l]a *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou "négligeables" [. . .] La [mesure de l'État] doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle » (p. 151). C'est pourquoi lorsqu'une conséquence de la déclaration de culpabilité n'est pas conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, elle doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant à la liberté ou à la sécurité pour constituer une peine au sens de l'al. 11i). Pour satisfaire à cette exigence, la conséquence de la

¹ In articulating this test, I do not decide whether s. 11(i) would be infringed in circumstances akin to those in *Whaling*, in which accelerated parole review was retrospectively eliminated, thereby impacting the length of incarceration that was imposed as a sanction consequent to conviction.

¹ En proposant ce critère, je ne me prononce pas quant à savoir s'il y aurait atteinte au droit garanti par l'al. 11i) dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Whaling*, dans laquelle la procédure d'examen expéditif avait été supprimée rétrospectivement, ce qui avait eu une incidence sur la durée de la peine d'emprisonnement infligée comme sanction consécutive à la déclaration de culpabilité.

in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public. Again, Doherty J.A.'s comments in *Hooyer* are helpful: "... a prohibition that significantly limits the lawful activities in which an accused can engage, where an accused can go, or with whom an accused can communicate or associate, would sufficiently impair the liberty and security of the accused to warrant characterizing the prohibition as punishment" (para. 45).

[43] Having reformulated the s. 11(i) test for punishment, I now turn to the sanctions at issue in this appeal. I first discuss s. 161 of the *Criminal Code* in more detail before applying the test for punishment to the 2012 amendments.

(3) History and Operation of Section 161 of the Criminal Code

[44] The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the section has an overarching protective function: to shield children from sexual violence.

[45] Section 161 was enacted in 1993 in response to the decision in *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, in which the British Columbia Court of Appeal struck down under s. 7 of the *Charter* the offence of loitering: see *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act*, S.C. 1993, c. 45, s. 1. After 1993, s. 161 continued to evolve and, in 2012, the impugned amendments were introduced through the *Safe Streets and Communities Act*. The protective function of s. 161 generally, and the 2012 amendments specifically, was repeatedly emphasized throughout the legislative debates. For example, at the Bill's third reading, the Minister of Justice stated that the proposed amendments are "an important step forward in the protection of children in this country" (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, at p. 8967).

déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. Les propos du juge Doherty dans *Hooyer* valent encore une fois d'être cités : [TRADUCTION] « ... l'interdiction qui restreint sensiblement l'activité licite à laquelle peut se livrer l'accusé, ses allées et venues, les personnes avec lesquelles il peut communiquer ou qu'il peut fréquenter, porte suffisamment atteinte à la liberté et la sécurité de l'accusé pour que l'on puisse l'assimiler à une peine » (par. 45).

[43] Après la reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*), je passe aux sanctions visées par le pourvoi. J'examine d'abord plus en détail l'art. 161 du *Code criminel*, puis j'applique le critère aux dispositions issues des modifications de 2012.

(3) Historique et application de l'art. 161 du Code criminel

[44] Son historique législatif et son interprétation judiciaire, ainsi que la manière dont il est conçu, confirment que l'art. 161 a une fonction protectrice prépondérante, à savoir protéger les enfants contre la violence sexuelle.

[45] L'article 161 a vu le jour en 1993 pour donner suite à l'arrêt *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait invalidé l'infraction de flânerie par application de l'art. 7 de la *Charte* (voir la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1). La disposition a par la suite évolué et, en 2012, les modifications visées en l'espèce ont été apportées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*. Tout au long des débats législatifs, on a maintes fois souligné la fonction protectrice de l'art. 161 en général et des dispositions issues des modifications de 2012 en particulier. Par exemple, lors de la troisième lecture du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré que les modifications proposées « fai[saient] beaucoup pour protéger nos enfants » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967).

[46] The jurisprudence interpreting and applying s. 161 confirms the provision's protective purpose: see, e.g., *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, at para. 20; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, at para. 13.

[47] As well, the design of s. 161 is consistent with its purpose of protecting children from sexual violence. Section 161 orders are discretionary and “subject to the conditions or exemptions that the court directs” (s. 161(1)). They can therefore be carefully tailored to the circumstances of a particular offender. The discretionary and flexible nature of s. 161 demonstrates that it was designed to empower courts to craft tailored orders to address the nature and degree of risk that a sexual offender poses to children once released into the community. Failure to comply with the order can lead to a term of imprisonment of up to four years (s. 161(4)).

[48] Further, I agree with the line of cases holding that s. 161 orders can be imposed only when there is an evidentiary basis upon which to conclude that the particular offender poses a risk to children and the judge is satisfied that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk: see *A. (R.K.)*, at para. 32; see also *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, at paras. 32-34. These orders are not available as a matter of course. In addition, the content of the order must carefully respond to an offender's specific circumstances.²

[46] Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété et appliqué l'art. 161 confirment la vocation protectrice de la disposition (voir p. ex. *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, par. 20; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, par. 13).

[47] De même, la manière dont est conçu l'art. 161 se concilie avec son objectif de protéger les enfants contre la violence sexuelle. L'ordonnance est rendue sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire et elle s'applique « sous réserve des conditions ou exemptions [que le tribunal] indique » (par. 161(1)). Elle peut être soigneusement adaptée à la situation du contrevenant. Le caractère discrétionnaire et souple du pouvoir conféré à l'art. 161 montre que le législateur a voulu permettre au tribunal de concevoir une ordonnance adaptée qui tient compte de la nature et de l'importance du risque que représente pour les enfants le délinquant sexuel libéré et rendu à la collectivité. L'inobservation de l'ordonnance peut entraîner un emprisonnement maximal de quatre ans (par. 161(4)).

[48] En outre, je m'inscris dans le courant jurisprudentiel selon lequel l'ordonnance fondée sur l'art. 161 ne peut être rendue que lorsque la preuve permet de conclure que le contrevenant représente un risque pour les enfants et que le juge est convaincu que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque (voir *A. (R.K.)*, par. 32; voir également *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, par. 32-34). Il ne s'agit pas d'une ordonnance rendue automatiquement. De plus, elle doit être soigneusement adaptée à la situation particulière du contrevenant².

² For example, the order imposed by McArthur J. in *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290, at para. 113 (CanLII), illustrates how the Internet prohibition in s. 161(1)(d) can be crafted to fulfill the protective goals of the legislation while enhancing the offender's rehabilitation process. See also the order imposed in *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674, at para. 13 (CanLII).

² Par exemple, l'ordonnance de la juge McArthur dans *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290, par. 113 (CanLII), montre comment l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d) peut être rédigée pour atteindre les objectifs de protection de la loi tout en favorisant la réadaptation du contrevenant. Voir également l'ordonnance en cause dans *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674, par. 13 (CanLII).

(4) Application of the Test for Punishment to the 2012 Amendments to Section 161 of the Criminal Code

[49] Applying the reformulated test, I conclude that the 2012 amendments constitute punishment.

[50] First, the 2012 amendments form part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence. Section 161(1) directs sentencing judges to consider whether to exercise their discretion to impose the community supervision measures once an offender is convicted of an enumerated sexual offence involving a person under the age of 16. Section 161 orders are therefore a consequence of conviction, a fact that the Crown does not dispute.

[51] Second, the sanctions contained in the 2012 amendments are imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing and can have a significant impact on an offender's *Charter*-protected interests — although, to be clear, both are not required to satisfy the test.

[52] As to the objective, the 2012 amendments are intended to protect children by separating offenders from society, assisting in rehabilitation, and deterring sexual violence, sentencing goals that all find expression in s. 718 of the *Criminal Code*. In addition, the discretionary and flexible process through which s. 161 orders are imposed aligns with the principles of sentencing articulated in ss. 718.1 and 718.2. As noted above, the fact that such orders are imposed to protect children, on its own, is not determinative.

[53] These prohibitions are to be distinguished from DNA orders, which have been found not to constitute punishment under s. 11(i): see *Rodgers*, at para. 65. As discussed, the objective of DNA orders

(4) Application du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine aux dispositions qui sont issues des modifications apportées en 2012 à l'art. 161 du Code criminel

[49] Au vu du critère reformulé, je conclus que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 constituent une peine.

[50] Premièrement, elles font partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée. Le paragraphe 161(1) exige du juge qui détermine la peine qu'il se demande s'il convient ou non d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de soumettre à des mesures de surveillance dans la collectivité le contrevenant qui est déclaré coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. L'ordonnance fondée sur l'art. 161 est donc une conséquence de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne le conteste pas.

[51] Deuxièmement, les sanctions prévues par les dispositions issues des modifications de 2012 sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et peuvent avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant, même si, je le précise, les deux ne sont pas nécessaires pour satisfaire au critère.

[52] En ce qui a trait à l'objectif, les dispositions issues des modifications de 2012 sont censées protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société, en favorisant la réinsertion sociale et en décourageant la violence sexuelle, des objectifs de la détermination de la peine qui figurent tous à l'art. 718 du *Code criminel*. De plus, le processus discrétionnaire et souple à l'issue duquel est rendue l'ordonnance prévue à l'art. 161 respecte les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Je le répète, le fait qu'une telle ordonnance est rendue pour protéger les enfants n'est pas décisif en soi.

[53] Il y a lieu de distinguer l'ordonnance portant interdiction de celle qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN, cette dernière n'étant pas assimilée à une peine au sens de l'al. 11*i*) (voir

is primarily to facilitate the *investigation* of future crimes, rather than to achieve deterrence, denunciation, separation, or rehabilitation in connection with a past offence: see *Rodgers*, at para. 64.

[54] Turning to the impact of the amendments, both s. 161(1)(c) and (d) can have a significant impact on the liberty and security of offenders — potentially for the rest of their lives. This Court has recognized that living in the community under restrictions can attract a considerable degree of stigma (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 105). Further, a prohibition under s. 161(1)(c) on having any contact with persons under the age of 16 could potentially curtail the types of employment an offender can pursue, and an offender's ability to interact with people (including adults in the company of children) in public and private spaces. And depriving an offender under s. 161(1)(d) of access to the Internet is tantamount to severing that person from an increasingly indispensable component of everyday life:

The Internet has become a hub for every kind of human activity, from education to recreation to commerce. It is no longer merely a window to the world. For a growing number of people, the Internet *is* their world — a place where one can do nearly everything one needs or wants to do. The Web provides virtual opportunities for people to shop, meet new people, converse with friends and family, transact business, network and find jobs, bank, read the newspaper, watch movies, and attend classes. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

(B. A. Areheart and M. A. Stein, “Integrating the Internet” (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, at p. 456)

For many Canadians, membership in online communities is an integral component of citizenship and personhood. In my view, retrospectively excluding offenders from these virtual communal

Rodgers, par. 65). Rappelons que l'objectif de l'ordonnance qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN est principalement de faciliter l'*enquête* relative à de futurs crimes, plutôt que de dissuader, de dénoncer, d'isoler ou de réinsérer socialement en lien avec une infraction antérieure (voir *Rodgers*, par. 64).

[54] En ce qui concerne l'incidence des modifications, les al. 161(1)c) et d) peuvent tous deux avoir une grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant, peut-être même pour le reste de ses jours. La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 105). En outre, l'interdiction fondée sur l'al. 161(1)c) d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant et la possibilité qu'il a d'interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d'enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d'avoir accès à Internet sur le fondement de l'al. 161(1)d) équivaut à le tenir à l'écart d'un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne :

[TRADUCTION] Internet est désormais au centre de l'activité humaine dans tous les domaines, qu'il s'agisse de l'éducation ou du commerce, voire des loisirs. Ce n'est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l'on peut faire presque tout ce que l'on a besoin de faire ou que l'on souhaite faire. La toile offre la possibilité virtuelle de magasiner, de faire des rencontres, d'échanger avec les amis et la famille, de mener ses activités, de réseauter et de trouver un emploi, d'effectuer des opérations bancaires, de lire le journal, de regarder des films et de suivre des cours. [En italique dans l'original; notes en bas de page omises.]

(B. A. Areheart et M. A. Stein, « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, p. 456)

Pour de nombreux Canadiens, l'appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l'identité individuelle. À mon avis, l'exclusion d'un contrevenant de tels espaces

spaces is a substantial consequence that implicates the fairness and rule of law concerns underlying the s. 11(i) right.

[55] The significant impact the 2012 amendments can have on the liberty and security of offenders is another way in which these sanctions are distinguishable from DNA orders. I agree with Doherty J.A. that “a sentencing provision requiring an accused to provide a DNA sample upon conviction . . . does not meaningfully impair the accused’s liberty or security of the person and would not be regarded as punishment” (*Hooyer*, at para. 45).

[56] I also note that the text of s. 161(1) (“in addition to any other punishment” or “*en plus de toute autre peine*”), while certainly not determinative, is nonetheless informative. As Groberman J.A. observed in dissent at the Court of Appeal, “Parliament itself appears to have considered that the sanctions set out in s. 161(1) come within the ordinary meaning of the word ‘punishment’” (para. 78) or “*peine*”.³

[57] In sum, the prohibitions found in the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment for the purposes of s. 11(i) of the *Charter*. They are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions: under the new s. 161(1)(c), a judge can prohibit all contact with children, no matter the means (not just contact involving a computer system); and under the new s. 161(1)(d), a judge can prohibit an offender from using the Internet or

communs virtuels par l’application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous-tendent l’al. 11*i*).

[55] La grande incidence des modifications de 2012 sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant offre un autre moyen de distinguer les nouvelles sanctions de l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN. Je conviens avec le juge Doherty que [TRADUCTION] « la disposition sur la peine qui exige de l’accusé qu’il fournisse un échantillon d’ADN une fois déclaré coupable [. . .] ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne et [qu’]on ne saurait voir dans son application l’infliction d’une peine » (*Hooyer*, par. 45).

[56] Je remarque aussi que le libellé du par. 161(1) (« en plus de toute autre peine » ou, en anglais, « *in addition to any other punishment* ») est instructif même s’il n’est assurément pas décisif. Comme le fait observer le juge dissident Groberman de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « le législateur semble lui-même considérer que chacune des sanctions énoncées au par. 161(1) constitue une “peine” (ou, en anglais, “*punishment*”) au sens ordinaire du mot » (par. 78).³

[57] En résumé, les interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine pour l’application de l’al. 11*i* de la *Charte*. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l’infliction d’une peine plus importante que les interdictions antérieures : le nouvel al. 161(1)c) permet au juge d’interdire tout contact avec un enfant, quel que soit le moyen utilisé (pas seulement l’ordinateur),

³ The French text of s. 11(i) reads as follows: “*Tout inculpé a le droit . . . i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.*”

³ Voici le libellé anglais de l’al. 11*i*) : « *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.* »

other digital network for any purpose (not just for the purpose of contacting children). Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the appellant of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the “lesser punishment”.

B. *Is the Limitation of Section 11(i) Justified Under Section 1 of the Charter?*

[58] Section 1 of the *Charter* provides as follows:

1. 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.

To establish that the limitation on the appellant’s s. 11(i) right is reasonable and demonstrably justified, the government must show that the 2012 amendments have a sufficiently important objective “and that the means chosen are proportional to that object[ive]” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). A law is proportionate if (1) there is a rational connection between the means adopted and the objective; (2) it is minimally impairing in that there are no alternative means that may achieve the same objective with a lesser degree of rights limitation; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Carter*, at para. 94). The proportionality inquiry is a normative and contextual one, which requires courts to examine the broader picture by “balanc[ing] the interests of society with those of individuals and groups” (*Oakes*, at p. 139).

et le nouvel al. 161(1)d) confère au juge le pouvoir d’interdire au contrevenant d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique à quelque fin (pas seulement pour entrer en contact avec des enfants). Par conséquent, l’application rétrospective des dispositions qui prévoient ces interdictions restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) puisqu’elle empêche l’appelant de faire l’objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l’art. 161, c’est-à-dire de la « peine la moins sévère ».

B. *La restriction du droit garanti par l’al. 11*i*) se justifie-t-elle au regard de l’article premier de la Charte?*

[58] L’article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

1. 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.

Pour établir que la restriction du droit de l’appelant garanti par l’al. 11*i*) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer, l’État doit montrer que les modifications de 2012 ont un objectif suffisamment important « et que les moyens choisis sont proportionnels à cet obje[ctif] » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Une règle de droit est proportionnée à son objectif lorsque (1) le moyen retenu est rationnellement lié à cet objectif, (2) qu’elle est minimalement attentatoire en ce qu’il n’existe aucun autre moyen d’atteindre le même objectif en restreignant moins le droit en cause et (3) qu’il y a proportionnalité entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Carter*, par. 94). L’examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel et exige du tribunal qu’il considère le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*Oakes*, p. 139).

[59] Unfortunately, s. 1 was not dealt with in the courts below. This means we do not have the benefit of a full record, including expert testimony. But the parties urged us to consider s. 1 on the record before us. This Court therefore deals with this issue, on consent, as a court of first instance.

[60] The Crown adduced fresh evidence attached to two affidavits, consisting of statistics and social science articles relating to the issue of the recidivism of sexual offenders. The appellant did not oppose the admission of this evidence and I am satisfied it would be appropriate to receive it. Accordingly, in assessing whether the Crown has discharged its justificatory burden, I will consider the Crown's fresh evidence as "supplemented by common sense and inferential reasoning", in addition to the jurisprudence and legislative debates proffered by the parties (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78).

(1) Do the 2012 Amendments Have a Sufficiently Important Objective?

[61] A law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. This examination is a threshold requirement that is undertaken without considering the scope of the right infringement, the means employed, or the relationship between the positive and negative effects of the law.

[62] The appellant correctly submits that the relevant objective is that of the infringing measure: see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20. Here, the infringing measure is the *retrospective operation* of the impugned law. However, the more general purpose behind the enactment of the 2012 amendments informs the specific rationale for applying the amendments retrospectively.

[59] Malheureusement, les juridictions inférieures ne se penchent pas en l'espèce sur l'application de l'article premier. Nous ne disposons donc pas d'un dossier complet constitué notamment de témoignages d'experts. Les parties nous exhortent néanmoins à nous prononcer sur l'application de l'article premier à partir du dossier existant. La Cour le fait donc sur consentement, comme le ferait un tribunal de première instance.

[60] Le ministère public a produit une preuve nouvelle jointe en annexe à deux affidavits. Il s'agit de statistiques et d'articles relevant des sciences sociales et portant sur la récidive en matière d'infractions sexuelles. L'appelant ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, et je suis convaincue qu'il convient de les recevoir. Par conséquent, pour décider si le ministère public s'est acquitté de son obligation de justification, j'examinerai la preuve nouvelle de l'intimée en la « complét[ant] par le bon sens et le raisonnement par déduction », ce à quoi s'ajouteront la jurisprudence et le compte rendu des débats législatifs soumis par les parties (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

(1) Les dispositions issues des modifications de 2012 ont-elles un objectif suffisamment important?

[61] La règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'examen du respect de cette condition s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte au droit, du moyen retenu ou du lien entre les répercussions positives et négatives de la règle de droit.

[62] L'appelant soutient à bon droit que l'objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). En l'espèce, la mesure attentatoire réside dans l'*application rétrospective* de la règle de droit en cause. Toutefois, l'objectif général des dispositions issues des modifications de 2012 joue dans la raison d'être particulière de leur application rétrospective.

[63] The appellant argues that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments is to increase the punishment imposed on offenders who committed their offences prior to 2012 so as to more effectively further the purpose and principles of sentencing. In my view, this articulation of the law's purpose is not sufficiently precise and is essentially a description of the means the legislature has chosen to achieve its purpose: see *Carter*, at para. 76; see also *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 28.

[64] As discussed above, the legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. And there is ample evidence in the legislative record surrounding the enactment of the new s. 161(1)(c) and (d) to show that enhancing child protection motivated the impugned amendments as well. To highlight but one example, at the debate accompanying the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said the amendments “see[k] to prevent . . . child sex offenders from having the opportunity to facilitate their offending. Finding access to a child or the opportunity to be alone with a child is a key for many child sex offenders” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, at p. 6787).

[65] Accordingly, the overarching objective of the prospective operation of the 2012 amendments is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of these amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the appellant who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis.

[63] L'appelant fait valoir que l'objectif de l'application rétrospective des nouvelles dispositions est d'accroître la peine infligée au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012, et ce, afin de favoriser davantage la réalisation de l'objectif de la détermination de la peine et l'application des principes de celle-ci. À mon avis, cette formulation n'est pas suffisamment précise et revient essentiellement à décrire le moyen que le législateur a choisi pour parvenir à ses fins (voir *Carter*, par. 76; voir également *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 28).

[64] Rappelons-le, l'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Le dossier législatif des nouveaux al. 161(1)c) et d) renferme maints indices selon lesquels l'accroissement de la protection des enfants motivait tout autant les modifications en cause. Un seul exemple suffit à le montrer. Lors du débat en deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit que les modifications « vis[aient] [. . .] à ce que les personnes susceptibles de commettre une infraction sexuelle [. . .] ne puissent pas faciliter la perpétration de l'infraction. L'occasion d'être seul avec un enfant ou l'accès à un enfant est déterminant pour bon nombre de personnes qui commettent des infractions d'ordre sexuel contre un enfant » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787).

[65] Par conséquent, l'objectif prépondérant de l'application prospective des dispositions issues des modifications de 2012 est d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'appelant, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier.

[66] Obviously, this objective is sufficiently important to warrant further scrutiny. As Laskin J.A. wrote in *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), “Children are among the most vulnerable groups in our society. The sexual abuse of young children is a serious societal problem, a statement that needs no elaboration” (para. 37). Providing enhanced protection to children from becoming victims of sexual offences is vital in a free and democratic society.

(2) Are the Means Adopted Proportional to the Law’s Objective?

[67] In assessing the proportionality of a law, a degree of deference is required. As this Court recently wrote in *Carter*:

At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be “reasonable”. [para. 97]

(a) *Rational Connection*

[68] At this first step of the proportionality inquiry, the government must demonstrate that the means used by the limiting law are rationally connected to the purpose the law was designed to achieve. “To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought ‘on the basis of reason or logic’” (*Carter*, at para. 99, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[69] As the appellant concedes, there is clearly a rational connection between providing enhanced protection to children from the risks of sexual violence presented by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force (the objective) and retrospectively giving

[66] De toute évidence, cet objectif est suffisamment important pour justifier la poursuite de l’examen. Comme l’a écrit le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), [TRADUCTION] « [L]es enfants font partie des groupes les plus vulnérables de notre société. La violence sexuelle dont sont victimes de jeunes enfants constitue un sérieux problème social, point n’est besoin de le démontrer » (par. 37). Offrir aux enfants une protection accrue afin qu’ils ne soient pas victimes d’infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique.

(2) Le moyen retenu par le législateur est-il proportionné à l’objectif de la règle de droit?

[67] Une certaine déférence s’impose lorsqu’il s’agit d’apprécier la proportionnalité d’une règle de droit. Comme l’a écrit la Cour dans le récent arrêt *Carter* :

À ce stade de l’analyse, les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L’article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». [par. 97]

a) *Lien rationnel*

[68] À cette première étape de l’examen de la proportionnalité, l’État doit démontrer que le législateur restreint le droit d’une manière qui a un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit. « Pour prouver l’existence d’un lien rationnel, le gouvernement n’a qu’à démontrer l’existence d’un lien causal, “fondé sur la raison ou la logique”, entre la violation et l’avantage recherché » (*Carter*, par. 99, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[69] Comme le concède l’appelant, il existe manifestement un lien rationnel entre la protection accrue des enfants contre le risque de violence sexuelle que représente le délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des dispositions issues des modifications de 2012

sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Although the Crown's fresh evidence, which I discuss below, assists in solidifying this causal link, at this stage, I am satisfied that reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect in order to better protect children from recidivism risks posed by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force.

(b) *Minimal Impairment*

[70] The question at this second stage is whether the 2012 amendments are minimally impairing, in the sense that "the limit on the right is reasonably tailored to the objective" (*Carter*, at para. 102). It is only when there are alternative, less harmful means of achieving the government's objective "in a real and substantial manner" that a law should fail the minimal impairment test (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 55).

[71] I am satisfied that the retrospective operation of the prohibitions contained in the 2012 amendments is minimally impairing of s. 11(i).

[72] The amendments were enacted within the context of a highly discretionary provision that is tailored to its objective. Prohibitions listed in s. 161(1) are to be imposed only when a judge is satisfied that the specific offender poses a continued risk to children upon his release into the community *and* that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk. The law is therefore not "drafted in a way that unnecessarily catches

(l'objectif) et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). Bien que la preuve nouvelle du ministère public — sur laquelle je reviens plus loin — étoffe ce lien causal, je suis convaincue à ce stade que la raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétrospectif afin de mieux protéger les enfants contre le risque de récidive chez le délinquant sexuel dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

b) *Atteinte minimale*

[70] La question à trancher à cette deuxième étape est celle de savoir si les nouvelles dispositions portent atteinte le moins possible au droit constitutionnel, c'est-à-dire si « la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif » (*Carter*, par. 102). Ce n'est que lorsqu'il existe d'autres moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif de l'État « de façon réelle et substantielle » qu'une loi ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55).

[71] Je suis convaincue que l'application rétrospective des interdictions issues des modifications de 2012 porte atteinte le moins possible à l'al. 11i).

[72] Les modifications ont été apportées à une disposition qui confère un pouvoir hautement discrétionnaire et qui est adaptée à son objectif. Les interdictions du par. 161(1) ne doivent être prononcées que si le tribunal est convaincu que le contrevenant exposera toujours les enfants à un risque une fois libéré et rendu à la collectivité *et* que les conditions dont est assortie l'ordonnance visent raisonnablement à réduire le risque. La disposition

[conduct] that has little or nothing to do with the prevention of harm to children” (*Sharpe*, at para. 95). In other words, the retrospective use of s. 161(1)(c) and (d) is *available only* when a judge is satisfied that the prohibitions will advance the enhanced child-protection goal of the amendments. No risk, no retrospective order.

[73] Further, s. 161(1) permits a sentencing judge to impose any conditions or exemptions that correspond to the circumstances of a particular offender. Section 161(1)(c) provides that offenders may have contact with persons under the age of 16 if “the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate”. Similarly, s. 161(1)(d) permits offenders to use the Internet if “the offender does so in accordance with conditions set by the court”. Finally, the prohibition order can be limited in duration (s. 161(2)) and reviewed periodically to ensure it continues to correspond to an offender’s circumstances (s. 161(3)).

[74] Despite the highly discretionary and tailored nature of s. 161, the appellant argues that the impugned amendments are not minimally impairing because the Crown has failed to demonstrate that a purely prospective application of the amendments would undermine its objective.⁴ Although I will discuss the potential gaps in the evidentiary record more fully below when I weigh the deleterious and salutary effects of the law, I would not give effect to this submission at the minimal impairment stage, for a few reasons.

⁴ It was not argued that other prohibition regimes in the *Criminal Code* (such as those found in ss. 810, 810.1, or 810.2) could have achieved the government’s objective in a real and substantial manner.

n’est donc pas « rédigée de manière à englober inutilement [une conduite] qui n’a que peu ou [qui n’a] rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants » (*Sharpe*, par. 95). En d’autres mots, le recours rétrospectif aux nouveaux al. 161(1)c) et d) peut *seulement intervenir* lorsque le tribunal est convaincu que les interdictions favoriseront l’objectif des modifications, à savoir la protection accrue des enfants. Pas de risque, pas d’application rétrospective.

[73] En outre, le par. 161(1) permet au tribunal qui détermine la peine de prévoir toute condition ou exemption que commande la situation du contrevenant. L’alinéa 161(1)c) dispose que le contrevenant peut communiquer avec une personne âgée de moins de 16 ans s’il le fait « sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ». Dans la même veine, l’al. 161(1)d) permet au contrevenant d’utiliser Internet s’il le fait « en conformité avec les conditions imposées par le tribunal ». Enfin, l’interdiction peut avoir une durée limitée (par. 161(2)) et être révisée périodiquement pour s’assurer qu’elle est toujours adaptée à la situation du contrevenant (par. 161(3)).

[74] L’appelant fait valoir que même si l’art. 161 confère un pouvoir hautement discrétionnaire et est adapté à son objectif, les dispositions en cause ne portent pas atteinte le moins possible au droit garanti, car le ministère public n’a pas démontré que si elles ne s’appliquaient que prospectivement la réalisation de leur objectif serait compromise⁴. Je reviendrai plus en détail sur les lacunes possibles du dossier de preuve lorsque je soupèserai les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit, mais je ne retiens pas l’argument au regard du volet de l’atteinte minimale, et ce, pour plusieurs raisons.

⁴ Nul n’a fait valoir que d’autres régimes d’interdiction du *Code criminel* (dont ceux correspondant aux art. 810, 810.1 et 810.2) auraient pu permettre à l’État d’atteindre son objectif de façon réelle et substantielle.

[75] It is widely accepted (and the record confirms) that a non-trivial percentage of sex offenders will reoffend. If the amendments operated only prospectively, a sentencing judge would be unable to impose the prohibitions in s. 161(1)(c) and (d) on offenders who committed their crimes before 2012 *even if* the judge were satisfied that the prohibitions were required to minimize the risk to a child that a sex offender will recidivate. I therefore accept that a purely prospective application of the amendments would have prevented Parliament from fully realizing its objective of enhancing the protection s. 161 affords to children from offenders who committed their offences before the coming into force of the 2012 amendments. Further, accepting the appellant's argument would fail to accord sufficient deference, at this stage of the analysis, to the government's choice of legislative means. And questions pertaining to the extent of the efficacy of the retrospective operation of the 2012 amendments are best left to the next step of the analysis: proportionality of effects.

[76] In sum, given the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective operation of the amendments would have compromised Parliament's full objective, I conclude that the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) right as little as reasonably possible.⁵ The more difficult issue is whether the benefits achieved from imposing the 2012 amendments retrospectively outweigh the deleterious effects.

⁵ It should be obvious from the above analysis that, had Parliament adopted a less tailored and discretionary regime, the 2012 amendments may very well have failed the minimal impairment test. It is accordingly unclear how my articulation of the purpose of the impugned amendments has rendered the minimal impairment analysis "redundant", as my colleague Brown J. alleges (para. 138). On the contrary, the minimal impairment test remains an important part of assessing whether Parliament has discharged its burden under s. 1.

[75] On reconnaît généralement (et le dossier confirme) qu'un pourcentage non négligeable de délinquants sexuels récidive. Si les nouvelles dispositions ne s'appliquaient que prospectivement, le tribunal qui détermine la peine ne pourrait soumettre aux interdictions prévues par les nouveaux al. 161(1)c) et d) le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012 *même* s'il était convaincu qu'elles sont nécessaires à la réduction du risque qu'un enfant soit victime de la récidive d'un délinquant sexuel. Par conséquent, je conviens qu'une application strictement prospective n'aurait pas permis au législateur de réaliser pleinement son objectif d'accroître la protection que l'art. 161 offre aux enfants contre un délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012. En outre, faire droit à la prétention de l'appelant reviendrait à déferer insuffisamment, à ce stade de l'analyse, à la décision de l'État d'opter pour une mesure législative plutôt qu'une autre. Il vaut mieux reporter l'examen des questions liées au degré d'efficacité de l'application rétrospective à l'étape suivante de l'analyse, celle de la proportionnalité des effets.

[76] En résumé, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, je conclus que l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire⁵. Il est plus difficile de savoir si les effets bénéfiques de leur application rétrospective l'emportent sur ses effets préjudiciables.

⁵ Il devrait apparaître clairement de l'analyse qui précède que si le législateur avait opté pour un régime moins adapté et de nature moins discrétionnaire, les dispositions issues des modifications de 2012 auraient fort bien pu ne pas satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Je m'explique donc mal comment ma formulation de l'objectif des modifications en cause a pu rendre « superfl[u] » l'examen de l'atteinte minimale comme le prétend mon collègue le juge Brown (par. 138). Au contraire, ce critère demeure un rouage important de la démarche qui consiste à se demander si le législateur s'est acquitté de son obligation pour les besoins de l'article premier.

(c) *Proportionality of Effects*

[77] At this final stage of the proportionality analysis, the Court must “weig[h] the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good” (*Carter*, at para. 122).⁶ This final stage is an important one because it performs a fundamentally distinct role. As a majority of this Court observed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877:

The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. . . . The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [para. 125]

[78] It is for this reason that Aharon Barak, former President of the Supreme Court of Israel, has described this final step as “the very heart of proportionality” (“Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 380). And in *Hutterian Brethren*, Abella J. wrote: “. . . most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about” (para. 149).

[79] I agree. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the

⁶ In *Oakes*, this final stage of the proportionality analysis was initially conceived as a comparison between the deleterious effects of the limiting measure and the law’s objective. However, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J. reformulated the test to account for the “proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measur[e]” because characterizing the final step “as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality” (p. 889 (emphasis deleted)).

c) *Proportionnalité des effets*

[77] À cette dernière étape de l’examen de la proportionnalité, la Cour doit « mettre en balance l’incidence de la loi sur les droits protégés et l’effet bénéfique de la loi au plan de l’intérêt supérieur du public » (*Carter*, par. 122)⁶. Il s’agit d’une étape importante, car son rôle est fondamentalement distinct. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 :

Les première et deuxième étapes de l’analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. [. . .] La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [par. 125]

[78] C’est la raison pour laquelle l’ancien président de la Cour suprême d’Israël, Aharon Barak, voit dans cette dernière étape [TRADUCTION] « le cœur même de la proportionnalité » (« Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 380). Et, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, la juge Abella écrit que « la majeure partie de l’analyse conceptuelle doit être faite à l’étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c’est de la proportionnalité dont il est censé être question à l’article premier » (par. 149).

[79] Je suis d’accord. Bien que, de nos jours, au Canada, l’atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours sur l’article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur

⁶ Initialement, dans l’arrêt *Oakes*, cette dernière étape visait à comparer les effets préjudiciables de la mesure restrictive et l’objectif de la loi. Toutefois, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer a reformulé le critère afin de tenir compte de la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » parce que la qualification de la dernière étape « comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité » (p. 889 (soulignement omis)).

heart of s. 1.⁷ It is only at this final stage that courts can transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society "in direct and explicit terms" (J. Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66). In other words, this final step allows courts to stand back to determine on a normative basis whether a rights infringement is justified in a free and democratic society. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. Further, as mentioned, proceeding to this final stage permits appropriate deference to Parliament's choice of means, as well as its full legislative objective.

l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier⁷. Ce n'est qu'à la dernière étape que le tribunal peut transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne [TRADUCTION] « d'une manière directe et explicite » (J. Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66). Autrement dit, cette dernière étape permet au tribunal de prendre du recul pour décider, sous l'angle normatif, si l'atteinte au droit est justifiée dans une société libre et démocratique. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. En outre, je le rappelle, cette dernière étape donne au tribunal l'occasion de faire preuve de la déférence qui s'impose envers le législateur quant au moyen retenu et à l'objectif global poursuivi.

[80] In this case, there are important differences between the effects of the two impugned amendments. I will therefore consider the two provisions separately.

[80] En l'espèce, il existe des différences importantes entre les effets des deux dispositions issues des modifications. Je les examine donc séparément.

(i) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(c) of the *Criminal Code*

(i) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) du *Code criminel*

[81] The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. At the individual level, in depriving offenders of the benefit of the lesser punishment, s. 161(1)(c) prevents the appellant and other offenders from freely participating in society following their release into the community. Before the new s. 161(1)(c) was introduced, outside the digital realm, judges could prohibit offenders only from attending public parks, public swimming pools, daycare centres,

[81] Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) sont importants. À l'échelle individuelle, en privant l'appelant de son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, l'alinéa l'empêche — ainsi que d'autres contrevenants — de participer librement à la société une fois libéré et rendu à la collectivité. Avant l'adoption du nouvel al. 161(1)c), le tribunal pouvait seulement, à l'extérieur du domaine numérique, interdire au contrevenant de fréquenter un parc public, une piscine, une

⁷ See D. Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at pp. 393-97; M. Zion, "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Restaged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431; Barak, at pp. 380-82; F. Schauer, "Proportionality and the Question of Weight", in G. Huscroft, B. W. Miller and G. Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, at pp. 181-85.

⁷ Voir D. Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393-397; M. Zion, « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012-2013), 43 *R.O. Ottawa* 431; Barak, p. 380-382; F. Schauer, « Proportionality and the Question of Weight », dans G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber, dir., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, p. 181-185.

schoolgrounds, playgrounds, and community centres, or from seeking employment or volunteer opportunities involving children. The new s. 161(1)(c) potentially goes much further and prohibits “any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” in a public or private space. For example, offenders might be prohibited from conversing with younger members of their family, or from freely moving about certain private and public spaces where children are present. This expanded prohibition, relative to the more limited prohibitions that existed previously, constitutes a substantial intrusion on the liberty and security of certain offenders.

[82] The deleterious effects experienced by specific offenders translate into broader societal harms. By impacting people like the appellant with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. These are core tenets of our justice system.

[83] The adverse impact the retrospective operation of s. 161(1)(c) has on fairness and the rule of law is particularly acute because, in broadening the scope of prohibited conduct, Parliament does not appear to have been responding to an emerging threat, or an evolving social context. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. Setting aside for the moment the use of technology to contact young people, which is captured by s. 161(1)(d), why was additional protection required in 2012? In terms of sexual offences resulting from physical proximity, on this record, there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended. The dearth of a compelling temporal justification for imposing s. 161(1)(c) retrospectively enhances the damage the provision does to fairness and the rule of law, and thus

garderie, le terrain d’une école, un terrain de jeu ou un centre communautaire, ou de rechercher un emploi ou d’offrir ses services comme bénévole dans un domaine lié aux enfants. Le nouvel al. 161(1)(c) pourrait permettre au tribunal d’aller beaucoup plus loin et de lui interdire d’avoir « des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé. Par exemple, le tribunal pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants. Par rapport aux interdictions de portée plus restreinte qui existaient auparavant, il s’agit d’un empiètement substantiel sur le droit à la liberté et à la sécurité de certains contrevenants.

[82] Les effets préjudiciables subis par les contrevenants individuels se traduisent par un préjudice plus large infligé à la société. En condamnant un contrevenant comme l’appelant à une peine dont il ne se savait pas passible, l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux préceptes fondamentaux de notre système de justice.

[83] L’incidence préjudiciable de l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit est particulièrement grave, car en élargissant la portée de l’interdiction, le législateur ne paraît pas donner ainsi suite à une menace nouvelle ou à quelque évolution du contexte social. Les enfants sont malheureusement victimes d’infractions sexuelles depuis des siècles. On peut se demander, en faisant momentanément abstraction de l’utilisation de la technologie pour entrer en contact avec de jeunes personnes, laquelle fait l’objet de l’al. 161(1)(d), pour quelle raison une protection supplémentaire s’imposait en 2012. En ce qui concerne les infractions sexuelles résultant d’une proximité physique, au vu du dossier, la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du

undermines public confidence in the criminal justice system.

[84] The Crown submits that the benefit of retrospectively applying s. 161(1)(c) is that more children will be protected from sexual violence. In advancing this claim, the Crown chiefly relies on social science articles and statistics relating to recidivism of sexual offenders in order to clarify the risk children face when sexual offenders are released into the community.

[85] The Crown's social science articles endeavour to quantify rates of recidivism of sexual offenders. One article pegged the recidivism rates for "child molesters" at 13% 5 years following the commission of the offence, 18% after 10 years, and 23% after 15 years.⁸ The authors found that the recidivism rate for sexual offenders who victimize extra familial young boys (35% after 15 years) is significantly higher than the average recidivism rate for all sexual offenders (24% after 15 years) (p. 8). These recidivism rates were confirmed by another article adduced by the Crown, which asserts that "[s]exual interest in children was a significant predictor of sexual recidivism".⁹ That is, "[t]hose individuals with identifiable interests in deviant sexual activities were among those most likely to continue sexual offending. The evidence was strongest for sexual interest in children" (p. 15). The authors further observed that these figures "should be considered to underestimate the real recidivism rates"

par. 161(1). L'inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) accroît l'atteinte à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit et mine par conséquent la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[84] Le ministère public soutient que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) permet de protéger plus d'enfants contre la violence sexuelle. Il invoque principalement à l'appui de sa prétention des articles et des statistiques relevant des sciences sociales et portant sur la récidive sexuelle afin de préciser le risque que courent les enfants lorsqu'un délinquant sexuel est libéré et rendu à la collectivité.

[85] Les auteurs des articles en question tentent de déterminer le taux de récidive en matière d'infractions sexuelles. Dans le cas des « agresseurs d'enfants », l'un d'eux fixe ce taux à 13 p. 100 cinq ans après la perpétration de l'infraction, à 18 p. 100 dix ans après et à 23 p. 100 quinze ans après⁸. Les auteurs concluent que le taux de récidive des délinquants sexuels qui s'en prennent à de jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille (35 p. 100 quinze ans après l'infraction) est de beaucoup supérieur à la moyenne pour l'ensemble des délinquants sexuels (24 p. 100 quinze ans après) (p. 10). Un autre article confirme ces données, et son auteur ajoute que « [l']existence chez ces délinquants d'intérêts sexuels à l'égard des enfants constitu[e] un prédicateur significatif de la récidive sexuelle »⁹. Autrement dit, « [l]es délinquants qui manifest[ent] des intérêts identifiables à l'égard d'activités sexuelles déviantes [sont] parmi les plus susceptibles de continuer à commettre des

⁸ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by A. J. R. Harris and R. K. Hanson, March 2004 (online), at p. 7. This study used data from 10 follow-up studies of adult male sexual offenders with a combined sample of 4,724 offenders.

⁹ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. K. Hanson and K. Morton-Bourgon, February 2004 (online), at p. 9. This article examined the research evidence of 95 different studies, involving more than 31,000 sexual offenders.

⁸ Sécurité publique et Protection civile Canada, « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par A. J. R. Harris et R. K. Hanson, mars 2004 (en ligne), p. 9. Cette étude s'appuie sur les données de 10 études de suivi visant des délinquants sexuels adultes de sexe masculin et comportant un échantillon combiné de 4 724 contrevenants.

⁹ Sécurité publique et Protection civile Canada, « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. K. Hanson et K. Morton Bourgon, février 2004 (en ligne), p. 11. L'article examine les éléments de preuve issus de 95 études visant plus de 31 000 délinquants sexuels.

because sexual crimes are significantly underreported (p. 8).

[86] These recidivism rates are significant. I accept that a non-trivial number of sexual offenders commit further sexual crimes after being released into the community. And the odds of this occurring appear to increase in the context of sexual offences against children. This is the harm the 2012 amendments are aimed at mitigating.

[87] The Crown also seeks to demonstrate the beneficial effects of making these enhanced prohibitions available retrospectively through statistics relating to the number of offenders potentially impacted by the 2012 amendments. Since the amendments came into force and as of May 14, 2015, 157 s. 161 orders have been imposed in British Columbia on offenders who committed their offences prior to August 9, 2012. And as of that same date there were 239 accused persons in British Columbia charged with offences captured by s. 161 that were committed prior to the coming into force of the 2012 amendments. On a national scale, these numbers would clearly be much higher. These statistics suggest that if the 2012 amendments cannot operate retrospectively, sentencing judges will be unable to consider imposing the enhanced prohibitions found in s. 161(1)(c) and (d) on many hundreds of sex offenders across the nation.

[88] I accept that the Crown's fresh evidence assists in identifying recidivism rates and the number of offenders who stand to be impacted by the retrospective operation of the 2012 amendments. Real risks to children are certainly present. And I accept that a provision prohibiting contact between sexual offenders and children will, to some extent, assist in mitigating these risks.

infractions sexuelles. La preuve [est] particulièrement solide pour l'intérêt sexuel à l'égard des enfants » (p. 18). Les auteurs font aussi observer que ces chiffres « doivent être considérés comme une sous-estimation des taux de récidive réels », étant donné que les crimes sexuels sont nettement sous-signalés (p. 10).

[86] Ces taux de récidive sont élevés. Je conviens qu'un nombre non négligeable de délinquants sexuels commettent d'autres crimes sexuels après leur libération et leur retour dans la collectivité. Et le risque de récidive sexuelle semble augmenter lorsque leurs victimes sont des enfants. Tel est le préjudice que les modifications de 2012 visaient à réduire.

[87] Le ministère public cherche aussi à démontrer les effets bénéfiques de l'application rétrospective des interdictions de portée accrue au moyen de statistiques sur le nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par les modifications de 2012. Entre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et le 14 mai 2015, 157 ordonnances ont été rendues en Colombie-Britannique sur le fondement de l'art. 161 à l'endroit de contrevenants dont les actes criminels étaient antérieurs au 9 août 2012. En date du 14 mai 2015 et dans la même province, 239 personnes avaient été accusées d'infractions visées à l'art. 161 et commises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. À l'échelle nationale, les chiffres sont assurément beaucoup plus élevés. Ces statistiques donnent à penser que si les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées rétrospectivement, les juges qui déterminent la peine ne pourront envisager de soumettre des centaines de délinquants sexuels partout au pays aux nouvelles interdictions prévues aux al. 161(1)(c) et d).

[88] Je conviens que la preuve nouvelle du ministère public contribue à l'établissement des taux de récidive ainsi que du nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. Il existe assurément un risque réel pour les enfants. Je reconnais également qu'une disposition interdisant au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec des enfants contribuera jusqu'à un certain point à réduire ce risque.

[89] However, the appellant correctly points out that the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree* of *enhanced* protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. It is therefore unclear what effect the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) would have on the recidivism rates identified by the Crown. And there is no evidence demonstrating that the risks s. 161(1)(c) are directed at have changed quantitatively or qualitatively, such that the fundamental fairness and rule of law concerns would be mitigated. Even in the passages of the legislative record that the Crown put before this Court, it is striking that there was almost no discussion of why the amendments to s. 161(1)(c) were required to better protect children.

[90] Put simply, the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear. It can be difficult to prove a negative, which is why reason and logic are important complements to tangible evidence. And, to some extent, these evidentiary difficulties may be unavoidable. After all:

Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in *McKinney* which rings true: “[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society”.

(S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524, quoting *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304.)

[89] Or, l’appelant souligne à juste titre que le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert par le nouvel al. 161(1)(c) comparativement au libellé antérieur de l’interdiction. L’effet de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) sur les taux de récidive avancés par le ministère public demeure donc indéterminé. Et aucune preuve ne démontre que le risque auquel cet alinéa est censé s’attaquer a changé sur les plans quantitatif ou qualitatif de manière à atténuer les craintes liées à l’équité fondamentale et à la primauté du droit. Même les extraits du dossier législatif déposés devant la Cour par le ministère public montrent de manière frappante que l’opportunité de modifier l’al. 161(1)(c) afin de mieux protéger les enfants n’a pratiquement fait l’objet d’aucun débat.

[90] Dit simplement, les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) demeurent indéterminés. Il peut se révéler difficile de prouver l’inexistence de quelque chose. C’est pourquoi la raison et la logique constituent des compléments importants à la preuve matérielle. Et jusqu’à un certain point, ces difficultés de preuve peuvent être inéluctables. Après tout :

[TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d’approximations et d’extrapolations découlant de la preuve disponible, d’inférences tirées de données comparatives et même, à l’occasion, d’hypothèses émises en connaissance de cause. En l’absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans *McKinney*, le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

(S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524, citant *McKinney v. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305.)

[91] Nonetheless, s. 1 mandates that the limitation on the right be *demonstrably* justified. As Dickson C.J. wrote in *Oakes*, this is a “stringent standard of justification” (p. 136). The retrospective operation of the impugned measure adversely impacts the liberty and security of offenders (relative to the previous version of s. 161), and, importantly, the fairness of criminal proceedings and the rule of law. Although this adverse impact will be experienced only when a judge concludes it is necessary to alleviate the risk the offender poses to children, it remains the case that the deleterious effects of the impugned measure are significant and tangible.

[92] In comparison, the benefits society stands to gain are marginal and speculative. While the Crown’s evidence regarding recidivism of sexual offenders begins to paint the picture (particularly since it shows that sex offenders who victimize children are more likely to reoffend), the rendering remains largely incomplete. In particular, the Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, nor much evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides. For example, the record suggests that many sexual assaults committed against children are perpetrated by family members or acquaintances. But surely this reality did not just recently come to Parliament’s attention. In the context of a s. 11(i) infringement, one expects the Crown to better explain why *retrospective* penal laws were required.

[93] Temporal considerations are relevant in this content because, at its root, s. 11(i) is about the *timing* of changes to penal laws. In this case, it is not Parliament’s decision to increase the punishment for sexual offenders that has, by itself, triggered *Charter* scrutiny — rather, it is Parliament’s decision to reach back in time to impose these enhanced

[91] Néanmoins, l’article premier exige que la justification de la restriction du droit *puisse se démontrer*. Comme le dit le juge en chef Dickson dans *Oakes*, il s’agit d’une « norme sévère en matière de justification » (p. 136). L’application rétrospective de la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant (comparativement au libellé antérieur de l’art. 161) et, fait important, sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Certes, cette incidence préjudiciable n’existe que lorsqu’un juge conclut à la nécessité d’atténuer le risque que le contrevenant représente pour les enfants, mais il demeure que les effets préjudiciables de la mesure en cause sont importants et tangibles.

[92] En comparaison, les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Bien que la preuve du ministère public concernant la récidive chez les délinquants sexuels esquisse le tableau de la situation (surtout en montrant que les délinquants sexuels qui s’en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels), le tableau demeure largement incomplet. En particulier, le ministère public n’a pas fait valoir l’existence d’une justification d’ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et a avancé bien peu d’éléments pour établir le degré de protection accrue offert par l’al. 161(1)c). À titre d’exemple, le dossier indique que de nombreuses agressions sexuelles d’enfants sont perpétrées par des membres de la famille ou par des connaissances. Or, le législateur ne vient assurément pas tout juste de l’apprendre. Face à une allégation d’atteinte au droit que garantit l’al. 11*i*), on s’attendrait à ce que le ministère public en fasse davantage pour convaincre le tribunal de la nécessité qu’une disposition pénale s’applique *rétropectivement*.

[93] Les considérations d’ordre temporel importent dans ce contexte, car l’al. 11*i*) s’intéresse foncièrement au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif. Dans la présente affaire, ce qui porte atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*), ce n’est pas le choix du législateur d’accroître la peine infligée au délinquant sexuel

prohibitions on offenders who had no notice of them that offends s. 11(i). Thus, temporal factors that may help explain Parliament's rationale for circumventing a basic tenet of our criminal law are relevant to the s. 11(i) inquiry. When it comes to s. 11(i), timing can be everything.

[94] Evidence related to the risks of recidivism is generally insufficient, on its own, to discharge the Crown's justificatory burden. To hold otherwise would be to potentially eviscerate the s. 11(i) right for the simple reason that retrospectively increasing punishment in order to curtail the risk of recidivism is a rationale that could apply to a broad range of crimes.

[95] It may be tempting to conclude that mitigating the risk of sexual violence to even one child is worth the costs. However, there can be no broad exception to the protection of s. 11(i) whenever the victim is a child. Such an approach ascribes almost no value to the right. Section 11(i) protects fundamental interests that can be overridden only in demonstrably compelling circumstances. In my view, the Crown has failed to show that the largely speculative salutary effects of the retrospective operation of s. 161(1)(c) outweigh its tangible and substantial drawbacks.

[96] The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) applies only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force (s. 52(1), *Constitution Act, 1982*).

[97] I note that there are other prohibition orders under the *Criminal Code* that may assist the Crown

et qui est à l'origine de l'examen au regard de la *Charte*, mais plutôt sa décision de remonter dans le temps pour rendre le contrevenant passible, sans que ce dernier ne l'ait su au moment de perpétrer l'infraction, de nouvelles interdictions dont la portée est accrue. Dès lors, les considérations d'ordre temporel qui sont susceptibles d'expliquer la décision du législateur de contourner un précepte fondamental du droit criminel sont pertinentes dans le cadre de l'examen que commande l'al. 11*i*). S'agissant de cette disposition de la *Charte*, la situation dans le temps peut primer toute autre considération.

[94] La preuve liée au risque de récidive est généralement insuffisante à elle seule pour permettre au ministère public de s'acquitter de son obligation de justification. Conclure le contraire pourrait vider de sa substance le droit garanti par l'al. 11*i*) pour la simple raison que l'accroissement rétrospectif de la peine dans le but de réduire le risque de récidive relève d'une logique susceptible de s'appliquer à une grande variété de crimes.

[95] On pourrait être tenté de conclure que la réduction du risque qu'un seul enfant soit victime de violence sexuelle en vaut le coût. Toutefois, il ne saurait y avoir d'exception générale à la protection de l'al. 11*i*) chaque fois que la victime est un enfant, sinon le droit protégé serait presque dénué de toute valeur. L'alinéa 11*i*) protège des droits fondamentaux qu'on ne peut écarter que dans des circonstances dont le caractère impérieux peut être démontré. À mon avis, le ministère public n'a pas établi que les effets bénéfiques largement conjecturaux de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) l'emportent sur ses inconvénients tangibles et substantiels.

[96] L'application rétrospective de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. En conséquence, l'alinéa ne s'applique que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant qui a commis l'infraction après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012 (par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

[97] Je constate que le *Code criminel* — notamment aux art. 810, 810.1 et 810.2 — prévoit d'autres

to some extent in filling the gap left by the lack of any retrospective application of s. 161(1)(c), such as those that can be imposed pursuant to ss. 810, 810.1, and 810.2. However, I make no further comment on those provisions since they were not meaningfully raised or argued by any of the parties before us.

(ii) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(d) of the *Criminal Code*

[98] The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on “using the Internet or other digital network” — an indispensable tool of modern life and an avenue of democratic participation — is more intrusive than the previous ban on “using a computer system . . . for the purpose of communicating” with young people. This constitutes a significant deprivation of liberty. Therefore, the retrospective operation of s. 161(1)(d) can erect massive barriers to an offender’s full participation in society, which may result in substantial consequences both socially and economically.

[99] As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. Clarity and predictability are central to the proper functioning of the criminal justice system, and are at the core of s. 11(i)’s purpose. Respect for the law and public confidence in the administration of justice are threatened when laws are changed retrospectively, without notice.

[100] Turning to the salutary effects, the Crown’s evidence relating to the risk of harm from recidivism of sexual offenders, discussed above, applies equally here; however, when it comes to s. 161(1)(d),

ordonnances portant interdiction grâce auxquelles le ministère public pourrait, dans une certaine mesure, combler le vide occasionné par l’application non rétrospective de l’al. 161(1)c). Je m’abstiens cependant de toute remarque supplémentaire sur ces dispositions puisque leur application n’a pas été soulevée ou plaidée devant nous par l’une ou l’autre des parties.

(ii) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel*

[98] Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L’interdiction totale « d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique » — un outil indispensable de la vie moderne, de même qu’une voie de participation à la démocratie — constitue un plus grand empiétement que l’interdiction antérieure « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer » avec de jeunes personnes. Il en résulte une atteinte importante au droit à la liberté. Dès lors, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) peut faire considérablement obstacle à la pleine participation du contrevenant à la société, ce qui est susceptible d’avoir de grandes conséquences socio-économiques.

[99] Comme pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), l’infliction d’une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l’équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. La clarté et la prévisibilité sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice criminelle et elles sont au cœur de la raison d’être de l’al. 11*i*). Le respect de la loi et la confiance du public dans l’administration de la justice sont mis en péril lorsqu’une règle de droit est modifiée rétrospectivement sans que l’intéressé n’ait pu connaître la nouvelle version au moment de commettre l’acte criminel.

[100] En ce qui concerne les effets bénéfiques, la preuve susmentionnée offerte par le ministère public sur le risque de préjudice lié à la récidive propre aux délinquants sexuels vaut également pour

this evidence is buttressed by other important considerations.

[101] As I shall explain, in brief, the record before this Court demonstrates that s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the *degree* and *nature* of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete.

[102] The rate of technological change over the past decade has fundamentally altered the social context in which sexual crimes can occur. Social media websites (like Facebook and Twitter), dating applications (like Tinder), and photo-sharing services (like Instagram and Snapchat) were all founded *after* 2002, the last time prior to the 2012 amendments that substantial revisions to s. 161(1) were made. These new online services have given young people — who are often early adopters of new technologies — unprecedented access to digital communities. At the same time, sexual offenders have been given unprecedented access to potential victims and avenues to facilitate sexual offending.

[103] The legislative record before this Court speaks to this rapid evolution and shows that, in enacting s. 161(1)(d) and giving it retrospective effect, Parliament was attempting to keep pace with technological changes that have substantially altered the degree and nature of the risks facing children. For example, at the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said, “An increasing number of child sex offenders also use the Internet and other new technologies to facilitate the grooming of victims or to commit other child sex offences” (p. 6787). At a Committee debate, the Acting

l'al. 161(1)d), mais d'autres considérations d'importance viennent l'étayer.

[101] En bref, comme je l'explique plus loin, il appert du dossier de la Cour que l'al. 161(1)d) s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le *degré* que la *nature* du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets.

[102] La vitesse à laquelle la technologie a évolué au cours de la dernière décennie a fondamentalement modifié le contexte social dans lequel peuvent survenir les crimes sexuels. Les médias sociaux (comme Facebook et Twitter), les applications de rencontres (comme Tinder), de même que les services de partage de photos (comme Instagram et Snapchat) ont tous vu le jour *après* 2002, soit l'année où le par. 161(1) avait été modifié la fois précédente. Ces nouveaux services en ligne ont donné aux jeunes — qui sont souvent les premiers à adopter les nouvelles technologies — un accès sans précédent aux communautés numériques. Parallèlement, les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d'infractions sexuelles.

[103] Le dossier législatif dont dispose la Cour fait état de cette évolution rapide et montre que, par l'édiction de l'al. 161(1)d) et son application rétrospective, le législateur entendait se mettre au diapason de la technologie dont l'évolution avait substantiellement modifié le degré et la nature du risque auquel étaient exposés les enfants. Par exemple, lors de la deuxième lecture du projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit : « De plus en plus de délinquants sexuels dont les victimes sont des enfants utilisent aussi Internet et les nouvelles technologies pour

General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice testified:

... what Bill C-54 recognizes is that offenders use the Internet computer systems for all sorts of reasons. Yes, they use it to communicate directly with a young person, and we catch that already, but they use it also to offend, in their offending pattern, whether it's to access child pornography, for example ...

So the idea with Bill C-54 is to require a court to turn its mind to this each time it is sentencing a person who is convicted of one of these child sex offences and to consider whether in that instance, with the offender before them, given the nature of the offending pattern and the conduct before the court, there should be a restriction on that individual's access to the Internet or other technology that would otherwise facilitate his or her reoffending.

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, at p. 4)

[104] As well, a Statistics Canada Director (who was testifying before the Committee) said, "What we can say based on those data is that the number of charges of child luring via the Internet is increasing" (*Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, at p. 7). The legislative record contains other similar passages.

[105] In addition to this testimony concerning the evolving risks children face, others testified that controlling an offender's access to the Internet is an effective means of curbing these risks. For example, during other Committee debates, the Executive Director of BOOST Child Abuse Prevention and Intervention testified that "[t]he emerging research connecting online offences to hands-on sexual offences emphasizes the importance of the court's ability ... to permit the offender use of the Internet

faciliter la "préparation" des victimes ou pour commettre d'autres infractions de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant » (p. 6787). Lors du débat en comité, l'avocate générale intérimaire, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, a témoigné :

... ce que le projet de loi C-54 reconnaît, c'est que les délinquants peuvent utiliser des ordinateurs reliés à Internet à toutes sortes de fins. Oui, ils les utilisent pour communiquer directement avec une jeune personne — et la loi couvre déjà cet aspect —, mais aussi pour commettre d'autres délits, selon leur comportement délinquant, qu'il s'agisse par exemple d'accéder à de la pornographie infantile ...

Donc, l'idée, avec ce projet de loi C-54, est d'obliger un tribunal à en tenir compte chaque fois qu'il impose une peine à une personne reconnue coupable d'une de ces infractions de nature sexuelle à l'égard d'enfants, et à examiner si, en l'espèce, compte tenu du délinquant qu'il a devant lui, de la nature de son comportement criminel ou de sa conduite devant le tribunal, il y a lieu de restreindre l'accès de cette personne à Internet ou à d'autres technologies qui pourraient autrement faciliter une récidive de sa part.

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4)

[104] Par ailleurs, une directrice de Statistique Canada appelée à témoigner devant le comité a déclaré : « Ce que nous pouvons dire, sur la base de ces données, est que le nombre d'accusations de leurre d'enfants par Internet est en hausse » (*Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7). D'autres passages du dossier législatif vont dans le même sens.

[105] Outre ces témoignages sur l'évolution du risque auquel sont exposés les enfants, d'autres ont porté sur le fait que contrôler l'accès d'un contrevenant à Internet constitue un moyen efficace de réduire ce risque. Par exemple, à une autre séance du comité, la directrice générale de BOOST Child Abuse Prevention and Intervention a déclaré que « [l]es nouvelles recherches qui établissent un lien entre les cyberprédateurs et les infractions réelles font état de l'importance que les tribunaux interdisent à un

only when supervised” (*Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, at p. 6).¹⁰

[106] The Crown’s social science literature also addresses the unique role the Internet plays in facilitating sexual crimes against children. For example:

The number of detected online sex offenders has drastically increased since the early 2000s . . .

. . .

. . . Indeed, the rates of online sexual crimes, and child pornography offences in particular, have increased substantially with the increasing use of the internet . . .

. . .

. . . Specifically, the ease of access to online child pornography may contribute to a new group of offenders who succumb to temptations that they would have otherwise controlled.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson and H. VanZuylen, “Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children” (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, at p. 46)

¹⁰ Another individual, who had been involved with police training, testified as follows:

In 2010, I completed a pan-Canadian research project that examined the exponential increase of crimes of exploitation committed on or facilitated by the Internet against children in Canada and globally. Accessing images of child abuse — somewhat understated by the use of the term “child pornography” — child luring, trafficking, and travelling for the purpose of sexual offending are crimes increasingly facilitated by modern, ubiquitous technologies, especially the Internet, around the globe. . .

. . .

. . . To prevent the ever-increasing numbers of crime, offenders must be disconnected from social networking sites through which they lurk and stalk.

(*Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, at pp. 5-6)

délinquant [. . .] d’utiliser Internet à moins d’être supervisé » (*Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 6)¹⁰.

[106] La documentation de sciences sociales produite par l’intimée fait également état du rôle unique d’Internet dans la facilitation de la commission d’infractions sexuelles contre des enfants. Par exemple :

[TRADUCTION] La détection de délinquants sexuels en ligne a radicalement augmenté depuis le début des années 2000 . . .

. . .

. . . En fait, le taux de criminalité sexuelle en ligne, la pornographie juvénile en particulier, a substantiellement augmenté du fait du recours accru à Internet . . .

. . .

. . . Plus particulièrement, la facilité d’accès à la pornographie juvénile en ligne peut contribuer à l’émergence d’un nouveau type de contrevenant qui succombe à une tentation à laquelle il aurait résisté autrement.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson et H. VanZuylen, « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, p. 46)

¹⁰ Une autre personne qui avait participé à la formation de policiers a offert le témoignage suivant :

En 2010, j’ai mené un projet de recherche pancanadien qui consistait à examiner la hausse exponentielle des crimes d’exploitation commis sur Internet, ou grâce à Internet, contre des enfants au Canada et ailleurs. Accéder à des images d’enfants exploités sexuellement — sous-évaluées en quelque sorte par l’utilisation du terme « pornographie juvénile » — leurrer des enfants, faire la traite des enfants et voyager dans le but de les agresser sexuellement sont des crimes de plus en plus faciles à commettre en raison des technologies modernes et omniprésentes partout sur la planète, surtout Internet. . .

. . .

. . . Pour empêcher l’augmentation constante du nombre de crimes, on doit débrancher les agresseurs qui rôdent sur Internet et qui suivent des enfants.

(*Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6)

[107] New and qualitatively different opportunities to harm young people exist. The Internet is a portal to accessing and distributing child pornography, a crime that itself victimizes children. As this Court observed in *Sharpe*:

... possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. [para. 28]

Further, the Internet can be used to contact other adults for the purposes of planning and facilitating criminal behaviour — pursuits not captured by the previous version of s. 161.¹¹

[108] What emerges from the Crown's materials is that the proliferation of new technologies has altered the nature and degree of risk facing children, which, in turn, created a legislative gap in s. 161. The previous iteration of s. 161 — which allowed sentencing judges to prohibit offenders only from using computer systems to contact children directly — was incapable of precluding sexual offenders from participating in other kinds of harmful behaviour. And, as the record and common sense suggest, monitoring an offender's use of the Internet can limit an offender's opportunities to offend and prevent this harmful behaviour.

[109] This unique social and technological context leads me to the conclusion that the benefits occasioned by retrospectively imposing the Internet

¹¹ In one disturbing case summarized by an expert witness who testified before the parliamentary committee studying the Bill, two adults were chatting with each other in an online forum to set up an 'exchange' of children (*Evidence*, No. 46, at p. 5, testimony of Lianna McDonald).

[107] De nouvelles avenues intrinsèquement différentes s'offrent pour s'en prendre aux jeunes. Internet est un portail qui permet d'accéder à la pornographie juvénile et d'en faire la distribution, un crime dont sont en soi victimes les enfants. Comme le fait observer la Cour dans l'arrêt *Sharpe* :

... la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. [par. 28]

En outre, Internet peut permettre à un adulte de communiquer avec un autre pour planifier et faciliter un comportement criminel, ce que n'envisageait pas la version antérieure de l'art. 161¹¹.

[108] Il appert donc des documents déposés par le ministère public que la prolifération des technologies nouvelles a modifié la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants, d'où la lacune législative de l'art. 161. La précédente mouture de cet article qui permettait au juge appelé à déterminer la peine d'interdire seulement au contrevenant d'utiliser un système informatique pour communiquer directement avec un enfant n'était pas de nature à empêcher un délinquant sexuel de se livrer à d'autres activités préjudiciables. Et, comme le donnent à penser le dossier et le sens commun, surveiller l'utilisation d'Internet par un contrevenant peut restreindre les possibilités qui s'offrent à ce dernier de commettre une infraction et peut prévenir un tel comportement préjudiciable.

[109] Ce contexte sociotechnologique unique m'amène à conclure que les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'interdiction d'utiliser

¹¹ Dans une affaire troublante résumée par un témoin expert devant le comité parlementaire étudiant le projet de loi, deux adultes clavardaient l'un avec l'autre dans un forum en ligne pour organiser un « échange » d'enfants (*Témoignages*, n° 46, p. 5, Lianna McDonald).

prohibition contained in s. 161(1)(d) are greater and more certain than those stemming from s. 161(1)(c).

[110] The fact that Parliament enacted s. 161(1)(d) as a means of closing a legislative gap created by rapid social and technological change does not just enhance the salutary effects of the law: it mitigates the provision's deleterious effects, too. From the perspective of public confidence in the criminal justice system, the retrospective operation of a law that was enacted to respond to a swiftly changing social context and emerging threats seems less unfair and less inconsistent with the rule of law than the retrospective operation of a law that was not enacted for a compelling temporal reason. As Professor C. Sampford writes in his book, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), "Retrospective laws which close 'loopholes' and 'unexpected interpretations and consequences' reinforce the guidance of primary laws" and can therefore advance the fairness of the legal system as a whole (p. 81).

[111] Thus, while fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, these broader societal harms are mitigated by Parliament's compelling temporal justification for giving s. 161(1)(d) retrospective effect.

[112] I now must balance the deleterious and salutary effects of the law. As discussed, s. 161(1)(d) constitutes a significant impact on an offender's liberty and security. The impugned measure also has negative ramifications for society as a whole. Fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, although these broader societal harms are less acute given the context in which the government legislated. In addition, the adverse impact the provision has on offenders will be experienced

Internet prévue à l'al. 161(1)d) sont plus grands et plus certains que ceux de l'application rétrospective de la nouvelle interdiction prévue à l'al. 161(1)c).

[110] Le fait que le législateur a édicté l'al. 161(1)d) afin de combler la lacune législative résultant de l'évolution rapide de la société et de la technologie ne fait pas qu'accroître les effets bénéfiques de la règle de droit, mais atténue également ses effets préjudiciables. En ce qui concerne la confiance du public dans le système de justice criminelle, l'application rétrospective d'une règle de droit visant à adapter la loi à un contexte social qui évolue rapidement et à des menaces nouvelles paraît moins contraire à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit que l'application rétrospective d'une règle de droit qui n'a pas été édictée pour une raison d'ordre temporel convaincante. Comme l'écrit le Professeur C. Sampford dans son ouvrage intitulé *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), [TRADUCTION] « la disposition d'application rétrospective qui comble une "lacune" et remédie à "une interprétation ou une conséquence inattendues" renforce le message de la loi principale » et peut donc favoriser l'équité du système juridique dans son ensemble (p. 81).

[111] Par conséquent, bien que l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit soient compromises par une disposition qui porte rétrospectivement atteinte au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, ce préjudice général causé à la société est atténué par l'existence de la justification d'ordre temporel convaincante invoquée par le législateur pour donner un effet rétrospectif à l'al. 161(1)d).

[112] Je dois maintenant soupeser les effets préjudiciables de la règle de droit et ses effets bénéfiques. Je le répète, l'al. 161(1)d) a une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. La mesure considérée a aussi des répercussions défavorables sur l'ensemble de la société. L'équité des procédures criminelles et la primauté du droit sont compromises par une disposition qui porte atteinte rétrospectivement au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, même si ce préjudice social général est moins grave en raison

only when there is good reason: in circumstances where a judge finds that doing so will mitigate the risk an offender poses to children.

[113] As for the salutary effects, the record demonstrates that the Internet is increasingly being used to sexually offend against young people and that sex offenders who target children are more likely to reoffend. This is not simply about changing technology or general risks associated with recidivism, broad factors that can relate to many offences. Rather, the *nature and degree* of the risks facing some of the most vulnerable members of our society have changed drastically since 2002, the last time s. 161(1) was substantially amended. Technology and the proliferation of social media cyber communities have increased the degree of risk facing young persons. This has created new triggers, and new avenues for offenders to pursue in committing further offences. The previous prohibition was insufficient to address these evolving risks. But the enhanced prohibition in s. 161(1)(d) can restrict the viability of these routes. While it remains difficult to quantify the precise benefits the retrospective operation of s. 161(1)(d) may create, it seems to me that the salutary effects associated with s. 161(1)(d) are quite tangible and compelling.

[114] On balance, in my view, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. A variety of factors support this conclusion. The harms at stake (sexual offending against young people) are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. And, significantly, the rapidly evolving technological and social context surrounding the enactment of s. 161(1)(d) has created new and emerging risks that make the law's salutary effects more concrete

du contexte dans lequel le gouvernement légifère. De plus, l'effet préjudiciable de la disposition sur le contrevenant ne se manifeste que lorsque son application est fondée, soit dans le cas où le juge conclut que, s'il applique la disposition, le risque auquel le contrevenant expose les enfants sera atténué.

[113] En ce qui concerne les effets bénéfiques, le dossier indique qu'Internet est de plus en plus utilisé pour commettre des infractions sexuelles contre des jeunes et que les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. L'évolution de la technologie ou les risques généraux liés à la récidive — des facteurs au large spectre susceptibles d'être associés à de nombreuses infractions — ne sont pas seuls en cause. En fait, *la nature et le degré* du risque auquel s'exposent certains des membres les plus vulnérables de notre société ont radicalement changé depuis 2002, l'année de la modification précédente du par. 161(1). La technologie et la prolifération des cybercollectivités de médias sociaux ont accru le degré du risque auquel sont exposés les jeunes personnes, de sorte que de nouvelles incitations et de nouvelles avenues amènent le contrevenant à persister dans son comportement criminel. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque, alors que la nouvelle — correspondant à l'al. 161(1)d) et dont la portée est accrue — peut réduire la viabilité de ces avenues. Bien qu'il demeure difficile de quantifier les effets bénéfiques précis de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), ses effets bénéfiques me paraissent tout à fait tangibles et convaincants.

[114] Tout bien considéré, j'estime que le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Diverses considérations appuient ma conclusion. Les préjudices en jeu (les infractions sexuelles commises à l'endroit de jeunes personnes) sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Et surtout, l'évolution rapide de la technologie et le contexte

— while mitigating the adverse impact the law has on fairness and the rule of law. Although any one of these factors may have been insufficient in isolation, taken together, they create a compelling case. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

VI. Disposition

[115] I find that the retrospective operation of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter* and that this limit is *not* justified under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with respect to s. 161(1)(c). As a result, the provision does not apply retrospectively to offenders who committed their offences prior to the coming into force of the 2012 amendments.

[116] I also find that the retrospective operation of s. 161(1)(d) of the *Criminal Code* limits the s. 11(i) right. However, I conclude that this *is* a reasonable constitutional compromise under s. 1. I would therefore dismiss the appeal with respect to s. 161(1)(d).

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting in part) — I agree with Justice Karakatsanis that both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1. With great respect, however, I do not share the view that s. 161(1)(d) is justified.

[118] From 2008 to 2011, when K.R.J. committed the offences for which he was eventually convicted, s. 161(1) of the *Criminal Code* stated:

social de l’adoption de l’al. 161(1)d) ont fait naître des risques nouveaux qui rendent plus tangibles les effets bénéfiques de la règle de droit tout en atténuant son incidence préjudiciable sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Aucune de ces considérations prise isolément n’est suffisante mais, ensemble, elles justifient la mesure contestée. Les effets bénéfiques de la règle de droit l’emportent sur ses effets préjudiciables.

VI. Dispositif

[115] Je conclus que l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l’al. 11i) de la *Charte* et que cette restriction *ne* se justifie *pas* par application de l’article premier. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l’al. 161(1)c). La disposition ne s’applique donc pas rétrospectivement au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

[116] Je conclus également que l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l’al. 11i). Toutefois, cette restriction *constitue* une atteinte constitutionnelle raisonnable au regard de l’article premier. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi en ce qui a trait à l’al. 161(1)d).

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Je conviens avec la juge Karakatsanis que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, contreviennent tous deux à l’al. 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que l’al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l’article premier. Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel l’al. 161(1)d) est justifié.

[118] De 2008 à 2011, période pendant laquelle K.R.J. a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) When an offender is convicted . . . of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender . . . in addition to any other punishment that may be imposed for that offence . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[119] Under this scheme, K.R.J. could be subjected to geographic, work-related, and “virtual” restrictions. He could be prohibited from attending a wide variety of venues such as pools and schools, and from using a computer for the purpose of communicating with anyone *under 16 years of age*. He would still, however, have been entitled to engage in online activities with adults.

[120] By the time K.R.J. was sentenced, Parliament amended the provision. While s. 161(1)(a) and (b) were left unchanged, s. 161(1)(c) was amended and s. 161(1)(d) was added, giving sentencing judges authority to prohibit offenders from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable [. . .] d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine [. . .], en plus de toute autre peine [. . .] applicabl[e] en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[119] Suivant ce régime, K.R.J. pouvait être soumis à des restrictions d’ordre géographique, professionnel et « virtuel ». Il pouvait lui être interdit de se trouver dans une multitude de lieux, telle une piscine ou une école, et d’utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne *âgée de moins de 16 ans*, auquel cas il lui demeurerait toutefois possible de participer à des activités en ligne avec des adultes.

[120] Avant la détermination de la peine de K.R.J., le législateur a modifié la disposition en cause. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés, mais l’al. 161(1)c) a été modifié et l’al. 161(1)d) s’est ajouté, de sorte que le juge appelé à déterminer la peine pouvait désormais interdire au contrevenant :

c) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[121] The amendments expanded the restrictions K.R.J. could be placed under. Rather than being banned from certain venues, s. 161(1)(c) could be used to prohibit him from attending *any* place where children are present. And rather than being prohibited from using the internet *for the purpose of communicating with children*, s. 161(1)(d) could be used to prohibit him from using the internet for *any* purpose.

[122] I agree with the majority that these potential restrictions would significantly affect K.R.J.'s liberty and security interests, and would, as a result, constitute punishment under s. 11(i) of the *Charter*, which states:

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.

[123] The wording in this provision is unequivocal. As noted by Prof. Don Stuart, the intention behind this text is “crystal clear”: *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6th ed. 2014), at p. 523.

[124] In my view, the absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications. That was the approach taken by this Court in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, [2014] 1 S.C.R. 392. The issue was the retrospective repeal of the accelerated parole review under s. 11(h) of the *Charter*, which protects individuals from being punished twice for the same offence. Because the Crown had failed to adduce “compelling evidence” demonstrating that its objectives would be “significantly undermined” unless the repeal was applied on a retrospective as well as prospective basis, this Court concluded that the infringement was not justified under s. 1.

[121] Les modifications ont élargi les restrictions auxquelles pouvait être assujéti K.R.J. L’alinéa 161(1)c) permettait de lui interdire de se trouver, non plus dans certains lieux, mais à *tout* endroit où il y a des enfants et l’al. 161(1)d), d’utiliser Internet, non pas *dans le but de communiquer avec des enfants*, mais à *quelque fin que ce soit*.

[122] Je conviens avec les juges majoritaires que ces interdictions potentielles restreindraient sensiblement le droit de K.R.J. à la liberté et à la sécurité et constituent donc une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, dont voici le libellé :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[123] Le libellé de la disposition est sans équivoque. Comme le fait observer le professeur Don Stuart, l’intention sous-jacente est [TRADUCTION] « claire comme du cristal » (*Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6^e éd. 2014), p. 523).

[124] À mon avis, la formulation absolue employée à l’art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influencer sur l’analyse que commande l’article premier par l’exigence de la justification la plus stricte. Telle est l’approche de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392. Dans cette affaire, la suppression rétrospective d’une procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) était contestée sur le fondement de l’al. 11*h*) de la *Charte*, lequel garantit qu’une personne ne sera pas punie deux fois pour la même infraction. Le ministère public ne l’ayant pas « convaincu[e] » que ses objectifs seraient « considérablement compromis » si la suppression n’était pas appliquée de manières rétrospective et prospective, la Cour conclut que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier.

[125] The repeal of the accelerated parole review was subsequently also found to be unconstitutional by the British Columbia Court of Appeal, but from the perspective of s. 11(i), the provision at issue in this appeal. In *Liang v. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, the British Columbia Court of Appeal concluded that the Crown's concern that it could take years to phase out the program if it could not be applied retrospectively, did not justify overriding the right:

... the *Charter* specifically requires that if punishment has changed between offence commission and sentencing, the offender is entitled to the lesser punishment. . . . [T]he fact the offender will receive a lesser punishment, and perhaps one that does not meet the objectives of the present sentencing regime, is exactly what s. 11(i) contemplates. . . .

... to meet the burden under s. 1 in this case, something more must be asserted than that the objective of the increased punishment is important, and therefore those who are constitutionally entitled to the lesser punishment must forego their rights. [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

[126] Both *Whaling* and *Liang* are clear that s. 11 imposes a singularly onerous evidentiary burden on the Crown to justify a violation under s. 1. To apply a lesser burden transforms s. 11(i) from being practically an air-tight right into a porous one. In this case, that means that the Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through “compelling evidence” that the previous provisions so “significantly undermined” the government's objectives, that the retrospective application of greater punishment was justified.

[127] As the majority notes, the Crown's evidentiary record consisted largely of statistics about s. 161(1) orders in British Columbia, and studies on recidivism rates pertaining to sexual offenders in

[125] La suppression de la procédure d'examen expéditif a par la suite été jugée inconstitutionnelle par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais en fonction de l'al. 11i), soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Dans *Liang c. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, cette même cour conclut que la crainte du ministère public qu'il puisse falloir des années pour mettre fin progressivement au programme si sa suppression ne pouvait s'appliquer rétrospectivement ne justifiait pas que l'on bafoue le droit en question :

[TRADUCTION] ... la *Charte* exige expressément, lorsque la peine est modifiée entre la perpétration de l'infraction et la sentence, que le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère. [. . .] [Q]ue le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère et, peut-être, d'une peine non conforme aux objectifs du régime actuel de détermination de la peine, telle est précisément la raison d'être de l'al. 11i). . .

... satisfaire au fardeau de preuve qu'impose en l'espèce l'article premier exige davantage que l'affirmation selon laquelle l'objectif de l'accroissement de la peine est important, de sorte que les personnes auxquelles la Constitution garantit le droit à la peine la moins sévère doivent y renoncer. [Je souligne; par. 59 et 61.]

[126] Les arrêts *Whaling* et *Liang* indiquent tous deux clairement que l'art. 11 impose au ministère public un fardeau de preuve particulièrement strict pour justifier l'atteinte au regard de l'article premier. S'il en allait autrement, la protection du droit garanti à l'al. 11i) ne serait plus pour ainsi dire étanche, mais deviendrait poreuse. Dès lors, en l'espèce, le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit « convaincre » le tribunal que l'application des dispositions antérieures aurait si « considérablement compromis » les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée.

[127] Comme le signalent les juges majoritaires, le dossier de preuve du ministère public est constitué en grande partie de statistiques sur les ordonnances rendues en Colombie-Britannique en application du

general, including two that suggested a link between recidivism and online activities. The Crown also argued that the language shift from “computer system” to “Internet and digital network” in s. 161(1)(d) was designed to reflect advancements in technology. I agree with the majority that this evidence is insufficient to justify s. 161(1)(c) because “the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree of enhanced protection* . . . in comparison to the previous version of the prohibition” such that “the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear”: paras. 89-90 (emphasis in original).

[128] But unlike my colleagues, I find that this same reasoning is fatal to s. 161(1)(d). Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d) to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*.

[129] In fact, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former s. 161(1)(c) “computer” restrictions. I see no reason to bridge the significant empirical gaps in the evidence with inferences, particularly in the context of s. 11.

[130] I would therefore allow the appeal in connection with both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d).

par. 161(1) et d’études sur les taux de récidive chez les délinquants sexuels en général, dont deux indiquent un lien entre la récidive et l’activité en ligne. Le ministère public fait également valoir que le renvoi, à l’al. 161d), non plus à un « ordinateur » mais à « Internet [et au] réseau numérique » vise à emboîter le pas aux progrès technologiques. Je conviens avec les juges majoritaires que cette preuve est insuffisante pour justifier l’al. 161(1)c), car « le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert [. . .] comparativement au libellé antérieur de l’interdiction », de telle sorte que « les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)c) demeurent indéterminés » (par. 89-90 (en italique dans l’original)).

[128] Mais, contrairement à mes collègues, j’estime que le même raisonnement porte un coup fatal à l’al. 161(1)d). Loin d’offrir une preuve de nature à convaincre, l’État n’a produit à l’appui de l’al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement ses objectifs que l’application rétrospective d’interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l’al. 11*i*), il suffit d’invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l’évolution technologique ou toute autre considération, l’État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l’application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l’al. 11*i*) de la *Charte*.

[129] En fait, nul élément de la preuve n’indique comment l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettait l’interdiction d’utiliser un « ordinateur » que prévoyait l’ancien al. 161(1)c). Je ne vois aucune raison de combler par des inférences les lacunes empiriques importantes de la preuve, en particulier pour l’application l’art. 11.

[130] Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui concerne les al. 161(1)c) et d).

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

BROWN J. (dissenting in part) —

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

I. Introduction

[131] As my colleague Karakatsanis J. aptly notes for the majority, sexual offences against children have “persisted for centuries” (para. 83). Their legacy is toxic. They are notorious for their devastating impact, often ruining the lives of their victims, and of those whose lives intersect with those victims as they move into adulthood. Trauma from childhood sexual abuse may reverberate for generations, creating pernicious cycles of abuse.

[131] Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue la juge Karakatsanis au nom des juges majoritaires, les enfants sont victimes d’infractions sexuelles « depuis des siècles » (par. 83). Il s’agit d’un héritage toxique. Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu’elles sont devenues adultes. Le traumatisme de la violence sexuelle subie pendant l’enfance peut se répercuter sur plusieurs générations et enclencher des cycles de violence pernicieux.

[132] My colleague recounts how, in response to this persistent grave misconduct and its consequent social harms, Parliament amended s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 2012, augmenting the conditions which a sentencing judge may, in his or her discretion, impose upon an offender convicted of designated sexual offences, where the sentencing judge considers such conditions appropriate to prevent the offender from committing sexual offences against children in the future. Specifically, the sentencing judge’s discretion was expanded from prohibiting offenders from “using a computer system . . . for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years” to the following:

[132] Ma collègue fait état de la manière dont le législateur, pour contrer ces actes graves et persistants et les problèmes sociaux qui en découlent, a modifié en 2012 le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en accroissant la portée des interdictions que le juge qui détermine la peine peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, prononcer à l’endroit de la personne déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée lorsqu’il estime que l’une ou l’autre de ces interdictions s’impose pour empêcher le contrevenant de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire qui permettait au juge d’interdire au contrevenant « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans » s’est accru de manière à lui permettre d’interdire ce qui suit au contrevenant :

161 (1) . . .

161 (1) . . .

. . .

. . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

e) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

Significantly, these amendments apply to all offenders being sentenced for a designated offence, irrespective of when the offender committed that offence.

[133] I agree with Karakatsanis J. that these conditions constitute “punishment” within the meaning of s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I endorse the test by which she makes that determination. I also agree that their retrospective application infringes s. 11(i). My point of departure is at the s. 1 stage of the analysis. Whereas my colleague concludes that the Crown has met its burden of justifying its infringement of s. 11(i) only in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d), in my view the Crown has also done so in respect of the conditions impossible under s. 161(1)(c) relating to contact with children. I would therefore uphold both conditions, dismiss the appeal, and affirm the s. 161 order made by the Court of Appeal.

II. Section 1

[134] It is worth bearing in mind that s. 11(i) of the *Charter* deals with the retrospective application of laws which are punitive in nature. At issue under s. 11(i), then, is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. In my view, this means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The s. 1 analysis should be sensitive to this, in keeping with Dickson C.J.’s direction in *Oakes*: “. . . the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139). The *Oakes*

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

Il importe de signaler que ces nouvelles dispositions s’appliquent à toute personne qui se voit infliger une peine pour avoir commis, peu importe le moment, une infraction énumérée.

[133] Je conviens avec la juge Karakatsanis que chacune de ces interdictions constitue une « peine » au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et je fais mien le critère qu’elle applique pour arriver à cette conclusion. Je conviens également que l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l’al. 11*i*). C’est à l’étape de l’analyse au regard de l’article premier que je diffère d’opinion. Alors que ma collègue conclut que le ministère public s’est acquitté de son obligation de justifier l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) seulement en ce qui concerne l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d), j’estime qu’il s’en est également acquitté quant à l’interdiction prévue à l’al. 161(1)c), à savoir celle d’avoir des contacts avec des enfants. En conséquence, je serais d’avis de confirmer la validité des deux interdictions, de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel fondée sur l’art. 161.

II. Article premier

[134] Il faut se rappeler que l’al. 11*i*) de la *Charte* vise l’application rétrospective d’une disposition à caractère punitif. Ce n’est donc pas la peine comme telle qui est en cause pour les besoins de son application, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. J’estime que cette caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l’analyse que commande l’article premier, étant donné que, dans l’arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l’objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l’atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L’analyse au regard de l’article premier doit en tenir compte pour se conformer aux directives du juge en chef Dickson dans ce même arrêt : « . . . la nature

test is not, and should not be treated as, a technical inquiry, as it is “dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision”: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, per Dickson C.J. As La Forest J. (dissenting, but not on this point) stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199:

In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic “test” uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. [Emphasis added; para. 62.]

[135] In other words, a technical and inflexible application of the *Oakes* test risks reducing what ought to be a rich, contextual inquiry under s. 1 into a form of “mechanical jurisprudence”, where “[c]onceptions are fixed”, “[t]he premises are no longer to be examined”, and “[p]rinciples cease to have importance”: R. Pound, “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, at p. 612. The moral nuances inherent in the question of justifiable limits on fundamental rights cannot be reduced to “technical questions of weight and balance”: G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (2009), at p. 104. Yet, and despite its statements to the contrary, the majority in this case has in my respectful view done precisely that. Its rigid and acontextual application of *Oakes* and its subsequent jurisprudence causes it to lose sight of the broader context and overall goal sought by Parliament. It reads the purpose of

du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139). L’application du critère de l’arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle, puisqu’« on s’induit dangereusement en erreur si l’on voit dans l’article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735 (le juge en chef Dickson)). Voici ce que dit le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Dans l’arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l’article premier. Le libellé de l’article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu’ils l’appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l’abstrait, à partir seulement d’un « critère » formaliste qui s’appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L’examen fondé sur l’article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu’ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation. [Je souligne; par. 62.]

[135] En d’autres termes, l’application formaliste et rigide du critère de l’arrêt *Oakes* risque de réduire ce qui devrait constituer un examen contextuel étoffé au regard de l’article premier à une sorte de [TRA-DUCTION] « processus décisionnel mécanique » où les « notions sont figées », où « l’examen des postulats n’est plus nécessaire » et où « les principes n’ont plus d’importance » (R. Pound, « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, p. 612). On ne saurait ramener les nuances morales inhérentes au caractère justifiable de la restriction d’un droit fondamental à une [TRADUCTION] « entreprise formaliste de pondération et de mise en balance » (G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights* (2009), p. 104). Or, soit dit en tout respect, c’est précisément ce que font selon moi les juges majoritaires en l’espèce, même s’ils affirment le contraire. En appliquant l’arrêt *Oakes* et les décisions rendues dans sa foulée avec rigidité

the legislation in an excessively narrow fashion, which results in an application of the *Oakes* test in a way that is ill-suited to deal with punitive laws which apply retrospectively. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

[136] The insight of Dickson C.J. and La Forest J. in our jurisprudence is that the s. 1 analysis must account for the broader picture. The issue is not, as La Forest J. put it, whether a particular “formalistic ‘test’” has been satisfied. The “unavoidably normative inquiry” must remain focussed on the broader picture: has the state demonstrated that the impugned law prescribes a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society? To be clear, I do not suggest that *Oakes* is incorrect. Rather, I echo Dickson C.J.’s and La Forest J.’s warnings about its rigid, acontextual application. We should not lose the proportionality forest for the *Oakes* trees.

A. *Objective of the Measure*

[137] The means-based quality of s. 11(i)’s protection should therefore inform the characterization of the objective anchoring the s. 1 proportionality analysis. The majority says that the relevant objective for the purpose of a proportionality analysis is that of the *Charter*-infringing measure — which, in this case, is the retrospective operation of the amendments to s. 161(1). I agree, but only to a point. The relevant objective for this purpose is indeed the objective of the measure. However, as I will explain, the measure to be considered here

et sans tenir compte du contexte, ils perdent de vue le tableau général et l’objectif global du législateur. Ils interprètent trop étroitement l’objet de la disposition législative, de sorte qu’ils appliquent le critère de l’arrêt *Oakes* d’une manière qui ne convient pas dans le cas d’une disposition à caractère punitif qui s’applique rétrospectivement. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s’acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu’il s’agit de s’attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

[136] Les nuances apportées par le juge en chef Dickson et le juge La Forest veulent que l’analyse au regard de l’article premier tienne compte du tableau général. Comme l’indique le juge La Forest, il ne s’agit pas de savoir si le « “critère” formaliste » précis est rempli. L’« examen inévitablement normatif » doit s’attacher au tableau général : l’État a-t-il établi que la règle de droit contestée emporte une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique? Bien évidemment, je ne laisse pas entendre que la Cour a fait erreur dans l’arrêt *Oakes*. Je rappelle plutôt la mise en garde du juge en chef Dickson et du juge La Forest contre l’application rigide et non contextuelle. Il ne faut pas perdre de vue la forêt de la proportionnalité derrière l’arbre d’*Oakes*.

A. *Objectif de la mesure*

[137] La caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen devrait donc jouer dans la détermination de l’objectif en fonction duquel il convient d’effectuer l’examen de la proportionnalité dans le cadre de l’analyse au regard de l’article premier. Les juges majoritaires affirment que l’objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire, soit, en l’occurrence, l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1). J’en conviens, mais seulement jusqu’à un certain point. L’objectif à considérer est

comprises the amendments as a whole, and not merely their retrospectivity.

[138] Considering retrospectivity in isolation from the broader provision of which it forms a part skews the *Oakes* analysis by making several of its elements largely redundant. If, as the majority says, Parliament’s objective was to “better protect children from the risks posed by offenders like the appellant” (para. 65) — i.e., offenders who committed a designated offence before, but were sentenced after, the amendments came into force and who pose a risk to reoffend sexually against children — then the application of such orders to offenders like the appellant is obviously rationally connected to this objective. And, there would be no possible less-impairing means of achieving this objective: simply put, the only way Parliament can apply the protective aspect of s. 161(1) orders to such offenders retrospectively is to apply s. 161(1) orders to such offenders retrospectively. Indeed, under the majority’s approach, the minimal impairment inquiry becomes otiose. Of course, were such orders to be applied retrospectively as to offenders *unlike* the appellant (i.e., those who do not pose a risk to reoffend sexually against children), the rational connection and minimal impairment steps would then have some work to do under the *Oakes* analysis. By narrowly construing Parliament’s purpose as the majority has, however, considerations of the rational connection and minimal impairment elements of the proportionality analysis are limited to determining whether the *Charter*-infringing measure captures the individuals which it targets, not whether the measure is rationally connected to the objective and minimally impairing of the *Charter* rights of those who legitimately fall within its ambit.

effectivement celui de la mesure, mais comme je l’explique plus loin, la mesure à examiner en l’espèce s’entend des modifications dans leur totalité, et non seulement de l’application rétrospective des dispositions qui en sont issues.

[138] L’examen de la rétrospectivité sans égard à la disposition dans laquelle elle s’inscrit fausse l’analyse préconisée dans l’arrêt *Oakes* en rendant en grande partie superflus plusieurs des éléments de celle-ci. Si, comme le soutiennent les juges majoritaires, le législateur a voulu « mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant [...] comme l’appellant » (par. 65), c’est-à-dire un contrevenant qui a commis une infraction énumérée avant l’entrée en vigueur des modifications, mais qui a été condamné après celle-ci, et qui présente le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants, l’application d’une ordonnance fondée sur l’art. 161 à un contrevenant comme l’appellant a manifestement un lien rationnel avec cet objectif. Qui plus est, aucun autre moyen moins attentatoire ne permettrait d’atteindre cet objectif : en somme, le législateur ne peut faire en sorte que la vocation protectrice d’une telle ordonnance s’applique rétrospectivement à un tel contrevenant autrement qu’en prévoyant l’application rétrospective de l’ordonnance à un tel contrevenant. Suivant l’approche restrictive des juges majoritaires, l’examen du caractère minimal de l’atteinte devient en effet inutile. Évidemment, si une telle ordonnance s’appliquait à un contrevenant *différent* de l’appellant (c.-à-d. qui ne présenterait pas le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants), les volets du lien rationnel et de l’atteinte minimale joueraient leur rôle jusqu’à un certain point dans l’analyse établie par l’arrêt *Oakes*. L’interprétation étroite de l’intention du législateur à laquelle se livrent les juges majoritaires fait en sorte que l’examen du lien rationnel et de l’atteinte minimale que comporte l’analyse de la proportionnalité se limite à se demander si la mesure attentatoire atteint les personnes qu’elle vise, à l’exclusion de la question de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l’objectif et si l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux personnes auxquelles la mesure s’applique légitimement est minimale.

[139] A broader examination of Parliament's purpose is therefore necessary in order to anchor a useful proportionality analysis. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, I agree with the majority's characterization of its objective as being to "enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders" (para. 65). The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to re-offend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there is no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

B. *Balancing Salutory and Deleterious Effects*

[140] I agree with the majority that the final stage of the s. 1 analysis allows courts to "transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society" (para. 79). But a robust examination of this impact takes us only so far because, after all, the impact of a provision on a free and democratic society is hardly a measurable thing. The question we are trying to answer is whether "the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure": *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 78. Neither criterion is amenable to demonstrative proof. The final proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. We must therefore

[139] Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. Je conviens avec les juges majoritaires que l'objectif de cette mesure est « d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (par. 65). L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'infraction a été commise avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par l'art. 161 dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

B. *Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[140] Je conviens avec les juges majoritaires que la dernière étape de l'analyse au regard de l'article premier permet au tribunal de « transcender l'objectif de la règle de droit et [de] se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne » (par. 79). Cet examen rigoureux est toutefois limité puisque, après tout, on peut difficilement mesurer l'incidence d'une règle de droit sur une société libre et démocratique. La question à laquelle nous tentons de répondre est celle de savoir si « [l]es effets préjudiciables sont disproportionnés [...] aux avantages que l'ensemble de la population en tirera » (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 78). Le respect de l'un ou l'autre de ces critères ne peut être concrètement démontré. La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de

be careful to avoid insisting upon too strict an evidentiary burden.

[141] With these general comments in mind, I turn to the majority's proportionality analysis. It suffers, in my respectful view, from several flaws. First, it imposes an evidentiary burden on the state that is impossible to satisfy, especially in the murky area of recidivism risks and criminal law policy. Second, it overstates the deleterious effects of s. 161(1)(c) while understating its salutary effects. Further, the majority's reasons for upholding the retrospective application of s. 161(1)(d) are, in principle, equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). In other words, if the majority's reasoning on s. 161(1)(d) is accepted, then the retrospective application of s. 161(1)(c) must also be a proportionate limit on the appellant's s. 11(i) right.

(1) The Evidentiary Burden

[142] The majority stresses — almost to a determinative extent — shortcomings it sees in the Crown's social science evidence, concluding that while it sufficiently demonstrates that the sought-after “degree of enhanced protection” for children will be achieved by the retrospective operation of s. 161(1)(d), “the rendering remains largely incomplete” in respect of s. 161(1)(c) (para. 92).

[143] This reasoning is troubling in several respects. First, it departs significantly from this Court's approach to social science evidence and the evidentiary burden borne by the state under s. 1. Social science evidence used to establish legislative facts should ordinarily be adduced through expert witnesses in order to allow its truth to be tested: *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1

la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Nous devons donc nous garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict.

[141] Au vu de ces remarques générales, je passe à l'examen de la proportionnalité par les juges majoritaires, lequel, à mon humble avis, comporte plusieurs lacunes. Premièrement, les juges majoritaires imposent à l'État un fardeau de preuve dont il ne pourra jamais s'acquitter, en particulier pour ce qui concerne le monde nébuleux des risques de récidive et des politiques en matière de droit criminel. Deuxièmement, ils exagèrent les effets préjudiciables de l'al. 161(1)(c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques. En outre, les raisons qu'ils invoquent pour valider l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) valent en principe tout autant pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c). En d'autres mots, si on fait droit à leur raisonnement concernant l'al. 161(1)(d), l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) doit équivaloir elle aussi à une restriction proportionnée du droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant.

(1) Le fardeau de preuve

[142] Les juges majoritaires signalent — et ce, de manière presque déterminante dans leurs motifs — les faiblesses de la preuve relevant des sciences sociales produite par le ministère public et concluent que même si cette preuve suffit à démontrer que l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) permet d'atteindre le « degré de protection accrue » à offrir aux enfants, « le tableau demeure largement incomplet » pour ce qui est de l'al. 161(1)(c) (par. 92).

[143] Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l'approche de la Cour à l'égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l'article premier impose à l'État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards' Assn. of*

S.C.R. 44, at paras. 4-5, per Binnie J. This social science evidence, however, was adduced through a “Brandeis brief”, and is untested by the ordinary truth-seeking processes of a trial. Considerable care should therefore be taken in examining this evidence and drawing inferences — whether favourable or adverse from the state’s standpoint — from it: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 296, per Bastarache J., writing separate but concurring reasons.

[144] Further, given the complex social context in which Parliament often develops policy — of which the prevention of recidivism in cases of sexual offences against children is clearly an instance — it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefit its measures will achieve. Recidivism rates are derived from statistical extrapolation, psychology, and other elements of social science, which will not always translate easily into proof to the standard of demonstrable justification. As this Court has recognized, “social claims are not always amenable to proof by empirical evidence”: *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 144. As a result, “public policy is often made on the basis of incomplete knowledge”: S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524. The proportionality analysis should therefore be sensitive to policy-makers’ need for a measure of latitude to consider and try previously untried alternatives, particularly when confronting persistent and complex public policy concerns.

[145] This is not to say that these evidentiary difficulties compel acceptance of the Crown’s claims. This Court has held that a rigorous s. 1 analysis may also be accomplished by employing “logic [and] reason” in assessing justifiable limits on *Charter*

Alberta c. Alberta (Procureur général), 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4-5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d’un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n’a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu’est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu’il s’agit de considérer une telle preuve et d’en tirer des inférences, qu’elles soient favorables ou non à la thèse de l’État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants)).

[144] Par ailleurs, compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour — et dont un exemple manifeste est la prévention de la récidive en matière d’infractions sexuelles contre des enfants —, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l’État d’avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d’une mesure. Les taux de récidive sont établis à partir d’extrapolations statistiques, de données psychologiques et d’autres éléments relevant des sciences sociales qui ne pourront pas toujours se transformer d’emblée en éléments de preuve susceptibles de satisfaire à la norme de la justification démontrable. La Cour reconnaît que « [l]es revendications de nature [. . .] sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique » (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 144). Il s’ensuit que [TRADUCTION] « les politiques publiques voient souvent le jour à partir de données incomplètes » (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524). L’examen de la proportionnalité devrait donc tenir compte de la nécessité qu’un décideur jouisse d’une certaine latitude pour envisager une solution inédite et la mettre à l’essai, surtout lorsqu’il s’attaque à un problème d’intérêt public à la fois persistant et complexe.

[145] Pour autant, de telles difficultés au chapitre de la preuve n’obligent pas le tribunal à faire droit aux prétentions du ministère public. La Cour a statué qu’on pouvait aussi se livrer à une analyse rigoureuse au regard de l’article premier en recourant

rights: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 78; see also *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503-4, per Sopinka J.; *Keegstra*, at p. 776, per Dickson C.J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 107, per Bastarache J.; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 85-94, per McLachlin C.J.; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at para. 20, per Bastarache J., and paras. 100-103, per Abella J., dissenting. By applying this approach here (instead of demanding empiricism where none can exist), the salutary effects of s. 161(1)(c) become clear, as does the true scope of its deleterious effects.

(2) Salutary and Deleterious Effects of Section 161(1)(c)

[146] The majority says that the retrospective operation of s. 161(1)(c) creates serious deleterious effects at an individual and societal level. At an individual level, it views s. 161(1)(c) as going much further in its potential restrictions of an offender's liberty than did its predecessor, since it “prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” (para. 81 (emphasis in original)). It warns that this provision could have the effect of prohibiting offenders from conversing with younger members of his or her family, or that it could prohibit offenders from “freely moving about certain private and public spaces where children are present” (para. 81). At a societal level, the majority says that the retrospective operation of a punitive law “undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law” (para. 82) (although this can, of course, be said of any measure which infringes s. 11(i)).

[147] The general restriction on liberty or security of the person which results from retrospectively applied punishment is not, however, relevant to the inquiry under s. 11(i) of the *Charter*. What is

« à la logique [et] à la raison » pour décider si la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiable ou non (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78; voir également *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503-504 (le juge Sopinka); *Keegstra*, p. 776 (le juge en chef Dickson); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 107 (le juge Bastarache); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 85-94 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20 (le juge Bastarache) et par. 100-103 (la juge Abella, dissidente)). Si la Cour appliquait cette démarche en l'espèce (au lieu d'exiger une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune), les effets bénéfiques de l'al. 161(1)(c) apparaîtraient clairement, et l'étendue véritable de ses effets préjudiciables aussi.

(2) Les effets bénéfiques de l'al. 161(1)(c) et ses effets préjudiciables

[146] Les juges majoritaires estiment que l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) a de sérieux effets préjudiciables sur les plans individuel et social. Sur le plan individuel, ils sont d'avis que l'al. 161(1)(c) va beaucoup plus loin que la disposition qu'il remplace dans la restriction éventuelle du droit du contrevenant à la liberté en ce qu'il « interdi[t] d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé (par. 81 (souligné dans l'original)). Ils préviennent que la disposition pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou « de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants » (par. 81). Sur le plan social, ils font valoir que l'application rétrospective d'une disposition à caractère punitif « compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit » (par. 82) (bien que l'on puisse évidemment dire la même chose de toute mesure qui contrevient à l'al. 11(i)).

[147] La restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle d'une peine appliquée rétrospectivement n'a cependant pas à être considérée dans l'analyse que commande

relevant when assessing the deleterious impact upon the offender of a retrospectively applied punitive law is *the degree by which it increases punishment* relative to the original law. For example, a retrospective increase in a mandatory minimum term of incarceration from one year to 14 years would have a greater deleterious impact on offenders and on the rule of law than would a retrospective increase in a fine from \$100 to \$101. But, again, this is because of the relative differences in the degree of increased punishment wrought by such measures, and not because of the general restrictions on liberty or security of the person that they impose. Again, s. 11(i) is not concerned with the nature of the punishment, but with its retrospective increase.

[148] Further, the majority's conclusion regarding the deleterious impact upon the offender's liberty interests is, in my view, overstated.

[149] It is useful to return to the text of s. 161(1)(c):

161 (1) . . . the court that sentences the offender . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

. . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate . . .

[150] Section 161(1)(c) contains two crucial qualifications which circumscribe its deleterious impact upon an offender's liberty interest. First, the matter is left to the sentencing judge's discretion, both as to whether to impose conditions ("shall consider making and may make"), and as to the tailoring of the conditions themselves ("subject to the conditions or exemptions that the court directs"). Second, a s. 161(1)(c) order — even when imposed without

l'al. 11*i*) de la *Charte*. Ce qui doit être pris en compte pour apprécier l'effet préjudiciable sur le contrevenant d'une disposition à caractère punitif appliquée rétrospectivement c'est *le degré d'accroissement de la peine* par rapport à la disposition antérieure. À titre d'exemple, l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an à 14 ans aurait un effet préjudiciable plus grand sur le contrevenant et sur la primauté du droit que l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une amende de 100 \$ à 101 \$. Or, je le répète, il en est ainsi en raison des différents degrés d'accroissement de la peine qui correspondent à ces mesures, et non de la restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle de celles-ci. Rappelons que l'analyse au regard de l'al. 11*i*) ne s'intéresse pas à la nature de la peine, mais bien à son accroissement rétrospectif.

[148] Par ailleurs, la conclusion des juges majoritaires concernant l'effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant est à mon sens exagérée.

[149] Considérons à nouveau le texte de l'al. 161(1)c) :

161 (1) . . . le tribunal qui [. . .] inflige une peine [au contrevenant] [. . .], sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant

. . .

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence.

[150] L'alinéa 161(1)c) renferme deux éléments cruciaux qui circonscrivent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant. D'abord, le juge se voit conférer un pouvoir discrétionnaire lui permettant à la fois de prononcer une interdiction (« peut interdire au contrevenant ») et d'adapter celle-ci (« sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique »). Ensuite, l'interdiction prononcée sur le fondement de l'al. 161(1)c) —

other conditions or exemptions — still contains the internal qualification that the prohibition of contact with a person under the age of 16 years only applies to such contact which occurs without the “supervision of a person whom the court considers appropriate”.

[151] In other words, an offender who seeks to interact with, for example, younger members of his or her family, may do so either by seeking an exemption or under the supervision of a person the court considers appropriate. Similarly — and assuming that, as the majority suggests, freely moving about in a public space where children are present is sufficient to constitute “contact” or to risk “contact” (a suggestion to which I return below) — were an offender to provide a legitimate reason for being in a public space where children are present, that offender may obtain an exemption for that particular place, or may be in that place under the supervision of a person the court considers appropriate. In determining whether such exemptions are appropriate, the sentencing court must of course consider the danger the offender poses to re-offend sexually against children. But the point is that s. 161(1)(c) gives a sentencing judge the tools to ensure that the offender’s liberty is not restricted more than is necessary to mitigate that offender’s risk.

[152] As to the meaning of “contact”, the majority’s assessment of the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective application largely rests on an overly expansive interpretation of the meaning of “contact” in s. 161(1)(c). More to the point, the majority’s suggestion that merely “moving about” in a public space where children are present constitutes or risks “contact” represents a strained interpretation of the scope of the restriction on contact, and is directly at odds with the well-established principle that the criminal law’s prohibitions on conduct should be construed strictly: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39, per Lamer C.J. To the extent, therefore, that the meaning of “contact” is ambiguous, it “must be interpreted in

assortie ou non de conditions ou d’exemptions — renferme toujours un élément intrinsèque qui fait en sorte que l’interdiction d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans ne vaut que pour les contacts qui ont lieu sans la « supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ».

[151] Autrement dit, le contrevenant qui souhaite interagir avec, par exemple, un jeune membre de sa famille peut le faire moyennant une exemption ou sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. De même — et à supposer, comme le laissent entendre les juges majoritaires, que le fait de se trouver dans un lieu privé ou public où il y des enfants suffise pour qu’il y ait « contacts » ou risque de « contacts » (ce sur quoi je reviendrai) —, le contrevenant qui avancerait un motif légitime de se trouver dans un lieu public où il y a des enfants pourrait obtenir une exemption pour ce lieu en particulier ou pourrait s’y trouver sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. Pour décider de l’opportunité d’une telle exemption, le juge qui détermine la peine doit bien sûr tenir compte du risque que le contrevenant récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)(c) lui offre donc des avenues pour faire en sorte que le droit à la liberté du contrevenant ne soit pas restreint plus qu’il ne le faut pour atténuer le risque qu’il représente.

[152] En ce qui a trait au sens du mot « contacts » employé à l’al. 161(1)(c), l’appréciation par les juges majoritaires des effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’alinéa repose en grande partie sur une interprétation indûment libérale de ce mot. Plus précisément, leur affirmation selon laquelle le simple fait de « se trouver » dans un lieu public où il y a des enfants équivaut à « avoir des contacts » ou présente un risque d’« avoir des contacts » revient à forcer l’interprétation de la portée de l’interdiction des contacts et va directement à l’encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l’interdiction d’une conduite doive être interprétée restrictivement (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39, le juge en chef Lamer).

the manner most favourable to accused persons”: *McIntosh*, at para. 39.

[153] While overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation, the majority also understates its salutary effects. The risk that some offenders pose to reoffend sexually against children simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The appellant presents an example of this. Having committed several designated offences against his infant daughter, he was found by the sentencing judge to pose a “substantial” risk to reoffend sexually against children. While s. 161(1)(a) would have allowed the sentencing judge to restrict the offender’s presence in specified public places such as public parks and public swimming areas in which children are present or could reasonably be expected to be present, the sentencing judge could not tailor a s. 161(1) order to restrict the appellant’s ability to interact with children in private. But this is, of course, precisely where the appellant and other similar offenders pose the greatest risk to children. The evidence before Parliament showed that (1) of the children of the age of five years and less who were the victims of sexual offences in 2009, approximately 60% of boys and 70% of girls were victimized by family members; and (2) most victims under the age of 16 were victimized by family members or acquaintances. Far from “speculative” (para. 95), then, the salutary effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation seem manifest. It restricts an offender whose offences predate the amendments to s. 161(1)(c) from having unsupervised access to children, both in private and in public, where the sentencing judge determines that such a condition is necessary to address a risk that the offender will commit further sexual offences against children.

Dès lors, dans la mesure où le mot « contacts » n’a pas un sens clair, il « faut [l’]interpréter [. . .] de la façon qui favorisera le plus l’accusé » (*McIntosh*, par. 39).

[153] S’ils exagèrent les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), les juges majoritaires sous-estiment ses effets bénéfiques. Le risque que certains contrevenants récidivent et s’en prennent à nouveau sexuellement à des enfants ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). L’appelant en est un bon exemple. Comme il avait perpétré plusieurs infractions énumérées à l’encontre de sa propre fillette, le juge a estimé qu’il existait un risque [TRADUCTION] « important » qu’il récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)a) aurait certes permis au juge de lui interdire de se rendre dans certains lieux publics, tel un parc ou un lieu de baignade fréquenté par des enfants ou dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’il soit fréquenté par des enfants, mais il n’aurait pu adapter l’interdiction fondée sur le par. 161(1) de manière à l’empêcher d’interagir avec des enfants dans un lieu privé. Or, c’est précisément là où l’appelant et d’autres délinquants du même acabit présentent le risque le plus grand pour les enfants. Selon la preuve dont disposait le législateur, (1) parmi les enfants de cinq ans et moins qui ont été victimes d’infractions sexuelles en 2009, environ 60 p. 100 des garçons et 70 p. 100 des filles l’ont été aux mains de membres de leur famille et (2) la plupart des victimes de moins de 16 ans ont subi leur triste sort aux mains de membres de leur famille ou de connaissances. Ainsi, loin d’être « conjecturaux » (par. 95), les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) paraissent manifestes. Cette dernière empêche le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à la modification de l’al. 161(1)c) d’avoir accès sans supervision à des enfants, que ce soit dans un lieu privé ou public, lorsque le juge qui détermine la peine estime qu’une interdiction en ce sens est nécessaire pour contrer le risque que le contrevenant commette à nouveau des infractions sexuelles contre des enfants.

[154] The majority's consideration of the deleterious effects of the retrospective operation of this provision also views as significant the "dearth of a compelling temporal justification" for s. 161(1)(c)'s retrospective operation, in the sense that "there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended" (para. 83). But with respect, and even assuming this concern could fairly be characterized as "temporal" in nature, this is not the sort of temporal concern that s. 11(i) engages, being the retrospective application of punishment. The majority, is, in substance, questioning whether Parliament's objective — which the majority has already found to have met the "pressing and substantial" objective requirement of *Oakes* — was pressing and substantial. Further, even if this "temporal justification" were an appropriate consideration at this stage of the analysis, it should not be virtually determinative when assessing the deleterious impact of a retrospective punishment. Bearing in mind that the record indicates that Parliament was responding to what it believed to be a grave social harm — which harm the majority acknowledges as persistent — it is worth recalling this Court's statement in *Keegstra* (at p. 776, per Dickson C.J.) that it is "well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms". It does not matter whether that risk has remained constant or increased, or whether it is longstanding or emerging. This Court has never, for example, required the Crown to advance a compelling "temporal" justification to uphold *Charter*-infringing impaired driving legislation by showing that the persistent social harm of impaired driving has taken a turn for the worse: see, e.g., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 (upholding the presumption of identity in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*). Parliament should be entitled, within constitutional limits, to innovate in finding a solution to chronic harms, irrespective of whether the incidence of such harms has remained stable, increased, or even declined.

[154] Dans leur examen des effets préjudiciables, les juges majoritaires tiennent également pour importante « [l']inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante » de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) en ce sens que « la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1) » (par. 83). Mais, soit dit en tout respect, à supposer même que cette préoccupation puisse être « d'ordre temporel », il ne s'agit pas du genre de préoccupation « d'ordre temporel » qui intéresse l'al. 11*i*), à savoir l'application rétrospective d'une peine. Les juges majoritaires remettent essentiellement en cause l'objectif du législateur, dont ils estiment pourtant qu'il est « urgent et réel » suivant le critère de l'arrêt *Oakes*. En outre, même s'il convenait à ce stade de l'analyse de se pencher sur l'existence d'une « justification d'ordre temporel », cette considération ne devrait pas être déterminante, pour ainsi dire, dans l'appréciation de l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective. Gardant présent à l'esprit que, selon le dossier, le législateur s'attaquait à ce qui constituait selon lui un grave préjudice social — un préjudice que les juges majoritaires tiennent pour persistant —, il vaut la peine de rappeler les propos de la Cour dans l'arrêt *Keegstra* (p. 776, le juge en chef Dickson) selon lesquels il est « généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves ». Peu importe que le risque soit demeuré constant ou se soit accru, ou qu'il existe de longue date ou depuis peu. Par exemple, la Cour n'a jamais exigé, pour valider une disposition sur la conduite en état d'ébriété qui contrevenait à la *Charte*, que le ministère public établisse l'existence d'une justification « d'ordre temporel » convaincante et démontre l'aggravation du préjudice persistant causé par la conduite en état d'ébriété (voir p. ex. *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 (confirmant la présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)d.1) du *Code criminel*). Le législateur devrait pouvoir, à l'intérieur des limites fixées par la Constitution, faire preuve d'innovation dans la recherche d'une solution à un préjudice chronique, peu importe que l'incidence de ce préjudice soit demeurée stable, ait augmenté ou ait même diminué.

[155] To be clear, nobody doubts that s. 11(i) deals with temporal considerations, because, as the majority says, it is “about the *timing* of changes to penal laws” (para. 93 (emphasis in original)). But the “temporal” concern identified by the majority speaks more (if not exclusively) to the pressing and substantial nature of Parliament’s objective than it does to the deleterious effects of retrospective punishment on the rule of law (e.g. para. 93: “. . . temporal factors that may help explain Parliament’s rationale . . .”). All retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament’s reasons for enacting them. All retrospective punishment is imposed without fair warning, denying a person “the opportunity to know what is expected of her and to decide what to do in light of that knowledge”: D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), at p. 75. In every such case, and even where the majority’s concern about whether there has been “change in the nature and degree of risk” (para. 83) is assuaged, the rule of law is harmed: see L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at p. 81. The relevance of this concern driving the majority’s assessment of the deleterious impacts on the rule of law in this case is therefore far from evident.

(3) Inconsistent Treatment of Paragraphs (c) and (d)

[156] I also observe that, apart from the matter of “temporal” justifications which I have just addressed, all the reasons identified by the majority in support of its conclusion that the limit imposed on the appellant’s s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c).

[157] In this regard, the majority observes in respect of s. 161(1)(d) that the harms at stake are

[155] Précisons que nul ne doute que les considérations d’ordre temporel importent pour les besoins de l’al. 11*i*) puisque, comme le disent les juges majoritaires, celui-ci « s’intéresse [. . .] au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif » (par. 93 (en italique dans l’original)). Or, cette préoccupation que relèvent mes collègues a plus (sinon seulement) à voir avec la nature urgente et réelle de l’objectif du législateur qu’avec les effets préjudiciables d’une peine d’application rétrospective sur la primauté du droit (p. ex. au par. 93 : « . . . les considérations d’ordre temporel qui sont susceptibles d’expliquer la décision du législateur . . . »). Toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur. Toute peine d’application rétrospective est infligée sans que le contrevenant n’ait pu vraiment savoir qu’il en était passible et a privé ce dernier de [TRADUCTION] « la possibilité de savoir ce qu’on attendait de lui et d’agir en conséquence » (D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), p. 75). Chaque fois alors, même lorsque les juges majoritaires se soucient moins de savoir si « la nature et le degré du risque [ont] changé » (par. 83), la primauté du droit est compromise (voir L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 81). La pertinence de cette préoccupation qui sous-tend l’appréciation, par les juges majoritaires, des effets préjudiciables de la mesure sur la primauté du droit en l’espèce est donc loin d’aller de soi.

(3) Analyse différente des al. c) et d)

[156] Outre la question de l’existence d’une justification « d’ordre temporel », examinée précédemment, je remarque aussi que toutes les raisons invoquées par les juges majoritaires à l’appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant, du fait de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d), valent également pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c).

[157] Les juges majoritaires signalent que, pour ce qui concerne l’al. 161(1)d), les préjudices en jeu

“particularly powerful”; that the statutory regime “is highly tailored and discretionary”; and that the Internet prohibition is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration” (para. 114). But each of these reasons support the conclusion that the retrospective operation of s. 161(1)(c) is justified as well. Section 161(1)(c) addresses precisely the same “particularly powerful” concern as does s. 161(1)(d), being sexual offences against children. The condition in s. 161(1)(c), as I have explained, is also “highly tailored and discretionary”, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. And the punishment imposed by s. 161(1)(c) is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration”, since it prohibits an offender only from having unsupervised contact with a child. It therefore follows that, if the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender’s s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

(4) The Proper Balancing

[158] I accept that the retrospective operation of the amendments to s. 161(1) works a relative increase in punishment that is not trivial. Section 161(1)(c)’s conditions on unsupervised contact with children regardless of location is more restrictive than the conditions imposable under the original provision. And s. 161(1)(d)’s restriction on Internet access goes much further in restricting an offender’s use of computers than did the original provision. I also accept that, like any other s. 11(i) infringement, the retrospective operation of each has a deleterious impact on the rule of law and fairness in the criminal justice system, as each signifies an increase in possible punishment without notice to the individual.

sont « particulièrement convaincants », le régime législatif « a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire » et l’interdiction d’utiliser Internet « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue » (par. 114). Pourtant, chacune de ces raisons appuie la conclusion selon laquelle l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) est elle aussi justifiée. L’alinéa 161(1)(c) s’attaque précisément au même préjudice « particulièrement convaincant » que l’al. 161(1)(d), à savoir les infractions sexuelles contre les enfants. Comme je l’explique précédemment, l’interdiction que prévoit l’al. 161(1)(c) est elle aussi « très bien circonscrite et [relève du] pouvoir discrétionnaire », puisqu’elle n’est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu’elle est nécessaire et, également, qu’elle fait l’objet de toute exemption que le juge indique. Et la peine infligée par l’al. 161(1)(c) « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue », car elle interdit seulement au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant. Dès lors, si l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l’al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c).

(4) La mise en balance qui s’impose

[158] Je reconnais que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1) entraîne un accroissement relatif de la peine qui n’est pas négligeable. L’interdiction que l’al. 161(1)(c) fait au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant, peu importe le lieu, est plus restrictive que celle qui pouvait résulter de l’application de la disposition antérieure. Et l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)(d) a une bien plus grande portée que celle d’utiliser un ordinateur que prévoyait la disposition antérieure. Je reconnais également que, comme n’importe quelle atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*), l’application rétrospective de chacune des dispositions a un effet préjudiciable sur la primauté du droit et sur l’équité du système de justice criminelle, chacune d’elle emportant l’infliction éventuelle d’une peine accrue dont l’intéressé ne se savait pas passible.

[159] As for salutary effects, the evidence before Parliament and before this Court shows that a significant number of offenders convicted of designated sexual offences pose a risk to reoffend sexually against children. It also shows that most child victims are known to sexual offenders — they are not strangers taken from a public place, the victims of random chance. And it shows that Internet-based offending is rapidly increasing, which could realistically result in contact-based offences being committed against a child. Finally, it shows that the previous version of s. 161(1) could not address either of these issues — unsupervised contact with a child whether the child is known to the offender or not, and unsupervised access to the Internet for offenders who are likely to use the Internet to facilitate sexual offending.

[160] Balancing these deleterious and salutary effects at the proportionality stage of the s. 1 analysis entails, as the majority recognizes, “difficult value judgments” (para. 79). This is never a “neutral utilitarian calculus”: *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), at p. 369, per Brennan J., dissenting in part. Despite claims to the contrary (see D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), at pp. 166-69; A. Barak, “Proportionality and Principled Balancing” (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (abstract)), undertaking a proportionality analysis does not entail making a truly objective calculation, because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and on the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders.

[161] Despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. In my view, the salutary effects pursued are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament’s efforts in the criminal law realm. The

[159] Quant aux effets bénéfiques, il appert de la preuve dont disposait le législateur et qui figure au dossier de la Cour qu’un nombre élevé d’auteurs d’infractions sexuelles énumérées sont susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Elle montre par ailleurs que la plupart des jeunes victimes sont connues des délinquants sexuels, qu’elles ne sont pas choisies au hasard dans un lieu public. Elle nous apprend en outre que la criminalité liée à Internet s’accroît rapidement, ce qui pourrait effectivement mener à la perpétration d’infractions liées aux contacts. Enfin, selon la preuve, la version antérieure du par. 161(1) ne pouvait réprimer aucun de ces actes, soit les contacts non supervisés avec des enfants, connus ou non du contrevenant, et l’accès non supervisé à Internet par un contrevenant susceptible d’utiliser la toile pour faciliter la commission d’une infraction sexuelle.

[160] La mise en balance de ces effets préjudiciables et de ces effets bénéfiques à l’étape de l’examen de la proportionnalité que comporte l’analyse au regard de l’article premier suppose, comme le reconnaissent les juges majoritaires, « des jugements de valeur difficiles » (par. 79). Il ne s’agit jamais d’un [TRADUCTION] « calcul utilitaire objectif » (*New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), p. 369, le juge Brennan, dissident en partie). Malgré les prétentions qui vont dans le sens contraire (voir D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), p. 166-169; A. Barak, « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (résumé)), l’examen de la proportionnalité ne comporte pas de véritable calcul objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l’occurrence l’effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l’effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels.

[161] Malgré l’impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Selon moi, les effets bénéfiques escomptés justifient la restriction du droit: les préjudices que l’on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives

provisions are sufficiently tailored so that no offenders' s. 11(i) rights will be unduly limited — it is only those offenders who pose a risk to reoffend against children who will be subject to a s. 161(1) order, and it is only those offenders who pose a risk to reoffend either through unsupervised access to children or unsupervised use of the Internet who will be retrospectively subject to the impugned provisions. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and s. 161(1)(d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

III. Conclusion

[162] In my view, the retrospective operation of s. 161(1)(c) is a justified infringement on the appellant's s. 11(i) right. I would therefore dismiss the appeal and affirm the s. 161(1) order imposed by the majority of the Court of Appeal.

Appeal allowed in part, ABELLA and BROWN JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ce ne sont en effet que les contrevenants susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à des enfants qui font l'objet d'une interdiction fondée sur le par. 161(1) et ce ne sont que les contrevenants susceptibles de récidiver soit par l'accès non supervisé à des enfants, soit par l'utilisation non supervisée d'Internet qui feront l'objet de l'application rétrospective des dispositions en cause. Ni l'une ni l'autre de ces dernières n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des al. 161(1)(c) et d) qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis l'acte criminel, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

III. Conclusion

[162] À mon sens, l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) constitue une atteinte justifiée au droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance des juges majoritaires de la Cour d'appel fondée sur le par. 161(1).

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et BROWN sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant***v.****Clifford Kokopenace** *Respondent*

and

**Advocates' Society, Nishnawbe Aski Nation,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Women's Legal Education and
Action Fund, Inc. (LEAF),
Native Women's Association of Canada,
Canadian Association of Elizabeth Fry
Societies and Aboriginal Legal Services
of Toronto Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. KOKOPENACE****2015 SCC 28**

File No.: 35475.

2014: October 6; **2015: May 21.**

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to a
fair hearing — Right to trial by jury — Jury representa-
tiveness — Definition — Aboriginal accused from First
Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal
on-reserve residents underrepresented on jury roll from
which jury selected for accused's trial — What is the ap-
propriate legal test for representativeness — Whether
state met its representativeness obligation — Canadian
Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to
equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal
accused from First Nation reserve convicted of manslaugh-
ter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented
on jury roll from which jury selected for accused's trial —
Whether state violated right to equality of accused or of*

Please see in particular paras. 1 and 2*c.***Clifford Kokopenace** *Intimé*

et

**Advocates' Society, Nation Nishnawbe Aski,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Fonds d'action et d'éducation juridiques pour
les femmes, inc. (FAEJ), Association des
femmes autochtones du Canada,
Association canadienne des Sociétés
Elizabeth Fry et Aboriginal Legal
Services of Toronto Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. KOKOPENACE****2015 CSC 28**

N° du greffe : 35475.

2014 : 6 octobre; 2015 : 21 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner
et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès
équitable — Droit à un procès avec jury — Représenta-
tivité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une
réserve des Premières Nations déclaré coupable d'ho-
micide involontaire coupable — Résidents autochtones
des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à par-
tir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de
l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en
matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de
son obligation de représentativité? — Charte canadienne
des droits et libertés, art. 11d), f).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé
autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré
coupable d'homicide involontaire coupable — Rési-
dents autochtones des réserves sous-représentés sur la
liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury*

Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

The accused, an Aboriginal man from a First Nation reserve, was charged with second degree murder and convicted of manslaughter after a trial by judge and jury. Prior to sentencing, the accused's counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in the accused's case. The trial judge refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal, where fresh evidence was introduced regarding the efforts made by the province in preparing the jury rolls for the district. The Court of Appeal was satisfied that the accused received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of bias or partiality. However, the majority held that the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights had been violated and ordered a new trial. All three judges rejected the accused's s. 15 *Charter* claims.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed. The order for a new trial is set aside and the conviction is reinstated.

Per Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Representativeness is an important feature of our jury system, but its meaning is circumscribed. What is required is a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. With respect to the jury roll, representativeness focuses on the process used to compile it, not its ultimate composition.

To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes 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. When this process is followed, the jury roll will be representative and an accused's *Charter* right to a

pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

L'accusé, un Autochtone habitant la réserve d'une Première Nation, a été accusé de meurtre au deuxième degré et reconnu coupable d'homicide involontaire coupable au terme d'un procès devant juge et jury. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat de l'accusé a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de l'accusé. Le juge du procès a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel, où de nouveaux éléments de preuve ont été présentés relativement aux mesures que la province avait prises pour dresser les listes de jurés du district. La Cour d'appel était convaincue que l'accusé avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* avaient été violés et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon : La représentativité est un aspect important de notre système de jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Pour ce qui est de la liste des jurés, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour la dresser, et non sur sa composition finale.

Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie 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 juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la

representative jury will be respected. This process aims to ensure that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury, and it seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population.

Jury representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, but it plays a different role in these two guarantees.

The role of representativeness under s. 11(d) is limited to its effect on independence and impartiality. A problem with representativeness that does not undermine these concepts will not violate s. 11(d).

The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level. This may occur in two ways: the deliberate exclusion of a particular group, or efforts in compiling the jury roll that are so deficient as to create an appearance of partiality. However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

The role of representativeness in s. 11(f) is broader: it 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. This broader role creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury.

If the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate an accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the

liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury et à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population.

La représentativité du jury relève à la fois de l'al. 11(d) et de l'al. 11(f) de la *Charte*, mais elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties.

Le rôle que joue la représentativité dans l'application de l'al. 11(d) se limite à son incidence sur l'indépendance et l'impartialité. Le problème de représentativité qui ne mine pas ces notions n'emportera pas violation de l'al. 11(d).

Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de l'al. 11(d). Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11(d) si la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique. Cela peut se produire de deux façons : un groupe en particulier est exclu délibérément ou les efforts déployés pour dresser la liste des jurés laissent à désirer au point de créer une apparence de partialité. Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11(d).

La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

La représentativité joue un rôle élargi dans l'application de l'al. 11(f) : non seulement favorise-t-elle 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. Ce rôle élargi crée une différence importante : bien qu'un problème de représentativité n'emporte pas nécessairement violation de l'al. 11(d), l'absence de représentativité mine automatiquement le droit, reconnu par l'al. 11(f), à un procès avec jury.

Si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés

state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether an accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll. The province was therefore not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. An accused's representativeness right is not the appropriate mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally.

There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Requiring a jury roll to proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. There are an infinite number of characteristics that one might consider should be represented, and even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents them. A proportionate representation requirement would also do away with well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would be left with an inquisition into prospective jurors' backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. Such an approach would be unworkable and would spell the end of our jury system as we presently know it.

The province met its representativeness obligation in this case. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, the province's efforts to include Aboriginal on-reserve

par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

La représentativité ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés. La province n'était donc pas obligée de remédier aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Le droit de l'accusé à la représentativité ne constitue pas le bon moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général.

Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Il existe un nombre infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées et, même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui les représente entièrement. Exiger une représentation proportionnelle reviendrait aussi à écarter des principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l'obligation pour l'État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Une telle approche serait inapplicable et entraînerait la disparition de notre système de jury dans sa forme actuelle.

La province s'est acquittée de son obligation de représentativité en l'espèce. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les

residents in the jury process were reasonable. Accordingly, there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*. Although the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system is a serious policy concern that merits attention, the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to address this concern.

The accused's claims based on s. 15 of the *Charter* must also be dismissed. With respect to his personal s. 15 claim, the accused has not clearly articulated a disadvantage. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, it cannot be granted because the accused may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors.

Per Karakatsanis J.: Fair trial rights under s. 11 of the *Charter* entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

Representativeness does not require a jury roll to mirror what a random sample from the community would look like. Adopting such an identity-based approach would mark a significant departure from both Canadian jurisprudence and experience. Jury representativeness is aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. This right has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury acts on behalf of, and thus represents, society. It is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community.

The representative function of the jury is assured by the use of a fair and random selection process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately

efforts déployés par la province pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés étaient raisonnables. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*. Bien que le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury soit une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu'on s'y attarde, les droits garantis à l'accusé par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation.

Il faut aussi rejeter les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. S'agissant de sa prétention personnelle fondée sur l'art. 15, l'accusé n'a pas clairement formulé de désavantage. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, elle ne peut être accueillie parce que l'accusé risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés.

La juge Karakatsanis : Les droits à un procès équitable reconnus par l'art. 11 de la *Charte* permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

La représentativité ne nécessite pas une liste de jurés qui reflète ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité. Si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité, cela constituerait un écart important par rapport à la jurisprudence et à l'expérience canadiennes. La représentativité du jury vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. Ce droit a un sens limité en droit canadien. Il ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Il décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente. Il ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité.

La fonction de représentant qui incombe au jury est assurée par le recours à un processus de sélection équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement

or substantially exclude a subset of the community. Representativeness requires more than reasonable efforts to use such a process. It is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

Ensuring that source lists are drawn broadly from the community is critical, but perfection is not required. Provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll.

Unintentional exclusion of some segments of the community from the jury roll does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 *Charter* violation. Because there are no perfect source lists, the state must be accorded flexibility in choosing a source list. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group.

However, the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

Intentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll would render it unconstitutional. A jury roll tainted by such deliberate exclusion cannot be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion

inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. La représentativité nécessite davantage que le déploiement d'efforts raisonnables pour utiliser un tel processus. C'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

Il est essentiel de faire en sorte que les listes brutes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, mais la perfection n'est pas nécessaire. Il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés.

L'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité de la liste des jurés n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11 de la *Charte*. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier.

Par contre, l'État peut, dans des circonstances exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de cette liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa

for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

An accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Section 11 of the *Charter* is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury.

In this case, the accused has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. With respect to the s. 15 *Charter* claims, this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal peoples are implicated as a result of their alienation from the justice system and their underrepresentation on jury rolls.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal found at s. 11(f) and (d). Section 11(f) of the *Charter* enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component, and is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the conscience of the community and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective. Representativeness is also one of the components which ensure that the jury is an independent and impartial tribunal under s. 11(d) of the *Charter*. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). As it is

contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

Les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. L'article 11 de la *Charte* n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif.

Dans le cas présent, l'accusé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité des Autochtones sont en cause par suite de l'aliénation de ces derniers à l'égard du système de justice et de leur sous-représentation sur les listes de jurés.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public envers l'administration de la justice. Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. Toutefois, la représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par les al. 11f) et 11d) de la *Charte*. L'alinéa 11f) de la *Charte* constitutionnalise l'institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante et constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un jury régulièrement formé. La représentativité, tout comme l'impartialité, est essentielle pour que l'institution du jury joue son rôle de conscience de la collectivité et pour que l'al. 11f) ait un véritable effet. La représentativité constitue également l'un des éléments qui font du jury un tribunal indépendant et impartial au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11d)

guaranteed under s. 11(d) and (f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons charged with an offence, not of particular groups or the community at large. There is no corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group to be included on a jury roll, jury array or petit jury.

The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random within that community. Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

In order to achieve a representative jury roll, two things are necessary. First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district. Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and

de la *Charte*. Ainsi, les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s'il y a eu violation à l'al. 11d). Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l'inculpé, et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Il n'existe pas dans ces dispositions de droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d'une liste de jurés, d'un tableau de jurés ou d'un petit jury.

L'aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Ainsi, la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l'issue d'un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Or, la sélection aléatoire n'est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s'applique quand il s'agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d'un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

Pour obtenir une liste des jurés représentative, il faut que deux conditions soient réunies. Premièrement, les listes brutes à partir desquelles sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatives du district. La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si la liste brute des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complète et aussi exacte que possible et qu'elle ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire de la liste brute. L'État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d'avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d'influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard sur la liste brute, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n'est alors plus l'instrument de la représentativité.

Des raisons d'ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S'il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d'interminables

what needs to be represented on the jury. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all those ways, would pose insurmountable practical problems and would lead to serious intrusions into the privacy of prospective jurors. These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. The practical effect of protecting jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection process does not mean that the results of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. Results that plainly show a significant departure from a properly conducted random selection process should not be ignored.

The *Charter* protects against interference by the state with guaranteed rights. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation, and applies in the context of this case. The starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action, namely whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state. In order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it. With

débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables et entraînerait une incursion grave dans la vie privée des candidats jurés. Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat de la liste brute ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste des jurés. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le processus de sélection aléatoire ne signifie pas que les résultats du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. On ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

La *Charte* protège contre les interventions attentatoires de l'État. Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu'il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l'État. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien suffisant entre les actes de l'État et la restriction du droit, de sorte qu'il est possible d'affirmer que cette limite est le fait de l'État. Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l'art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l'égard d'autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne et convient dans la présente affaire. Le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État, à savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État. Pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité

respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between the state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between those two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so.

This case concerns a situation in which the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce, in view of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. Of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two — the lists and the delivery of jury notices — were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two — the poor return rate of notices and Aboriginal disengagement from the criminal justice system — were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. Therefore, there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused's right to a representative jury roll as guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter*.

Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration that the accused's rights were violated may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice. In this case, the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion

à le régler. Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre ces deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir.

En l'espèce, la liste des jurés n'était pas représentative, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district, car les résidents autochtones de réserves y étaient sous-représentés. Parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux — les listes brutes et la distribution des avis de sélection de juré — incombaient à l'État, et il était en son pouvoir de s'en acquitter. Les deux autres — le faible taux de réponse aux avis et la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale — étaient des problèmes auxquels l'État pouvait remédier en partie, mais il n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour ce faire. Par conséquent, il existe un lien suffisant entre l'action et l'omission de l'État d'une part et la non-représentativité de la liste des jurés d'autre part pour conclure que l'État a porté atteinte au droit de l'accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu atteinte aux droits de l'inculpé pourrait constituer la réparation convenable pourvu que ce dernier n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les

to order a new trial. The failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Barrow, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344;

circonstances. En l'espèce, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. L'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public dans l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Barrow, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c.*

R. v. Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *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. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas v. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 629, 630, 631, 632, 633, 634 to 638, 639 to 642, 644.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 to 18.1, 19, 38(3).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "jury".
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.

Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *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. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas c. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 629, 630, 631, 632, 633, 634 à 638, 639 à 642, 644.
Loi sur l'évaluation foncière, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 15.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, c. C.37.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 à 18.1, 19, 38(3).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « jury ».
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, Oxford, Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, Oxford, Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

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

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.

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: The Inquiry, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, LaForme and Rouleau JJ.A.), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood and Michael Fawcett, for the appellant.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furguele and Angela Ruffo, for the respondent.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel and Promise Holmes Skinner, for the intervener the Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy and Marc E. Gibson, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

Cheryl Milne and Kim Stanton, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF).

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996.

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.

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, The Inquiry, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, LaForme et Rouleau), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood et Michael Fawcett, pour l'appelante.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furguele et Angela Ruffo, pour l'intimé.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel et Promise Holmes Skinner, pour l'intervenante Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy et Marc E. Gibson, pour l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski.

Cheryl Milne et Kim Stanton, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ).

Mary Eberts, for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Christa Big Canoe and Jonathan Rudin, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] 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. Yet despite the importance of this right, this is the first time the Court has been called upon to determine what efforts the state must make to ensure that a jury is “representative” of the community. In turn, this raises the related questions of how representativeness should be defined and what role it should play in the rights guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. In answering these questions, it must be remembered that the right to a representative jury is an entitlement held by the accused that promotes the fairness of his or her trial, in appearance and in reality. It is not a mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally — and it should not be tasked with that responsibility.

[2] In my view, representativeness focuses on the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. Consequently, the state satisfies an accused's right to a representative jury by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a

Mary Eberts, pour les intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry.

Christa Big Canoe et Jonathan Rudin, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement des juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] 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. Pourtant, malgré l'importance de ce droit, c'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur les efforts que l'État doit déployer pour faire en sorte qu'un jury soit « représentatif » de la collectivité. Cet examen soulève à son tour les questions connexes de la définition que devrait recevoir la représentativité et du rôle qu'elle devrait jouer dans les droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le droit à un jury représentatif est un droit de l'accusé qui favorise l'équité de son procès en apparence et dans les faits. Il ne s'agit pas d'un moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général, et ce droit ne devrait pas servir à cette fin.

[2] À mon avis, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sur sa composition finale. L'État respecte donc le droit de l'accusé à un jury représentatif en donnant à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Une telle possibilité est fournie lorsque l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant

broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and the accused's *Charter* right to a representative jury will be respected.

[3] I am satisfied that there were no *Charter* violations in this case. I would accordingly allow the appeal.

II. Background

[4] Clifford Kokopenace is an Aboriginal man from the Grassy Narrows First Nation reserve in the District of Kenora. He was charged with second degree murder for stabbing his friend to death during a fight. After a trial by judge and jury in 2008, he was acquitted of murder but convicted of the lesser included offence of manslaughter. Prior to sentencing, his trial counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in Mr. Kokopenace's case. The trial judge, Stach J., refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal to the Ontario Court of Appeal.

[5] Before the Court of Appeal, Mr. Kokopenace alleged that his jury was derived from a jury roll that did not adequately ensure the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. Because of the allegedly inadequate process used to prepare the jury roll, he argued that his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter* were violated. Voluminous fresh evidence was introduced regarding the efforts Ontario had made, over a period of several years, in preparing the jury rolls for the District of Kenora.

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 juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté.

[3] Je suis convaincu qu'il n'y a pas eu de violations de la *Charte* en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[4] Clifford Kokopenace est un Autochtone de la Première Nation de Grassy Narrows dans le district de Kenora. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré pour avoir poignardé son ami à mort durant une altercation. Au terme d'un procès devant juge et jury en 2008, il a été acquitté de l'accusation de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat qui le représentait au procès a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de M. Kokopenace. Le juge du procès, le juge Stach, a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[5] En Cour d'appel, M. Kokopenace a prétendu que son jury avait été constitué à partir d'une liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la participation des résidents autochtones des réserves. Comme la liste des jurés serait le fruit d'une procédure inadéquate, il a soutenu que ses droits garantis aux al. 11(d) et 11(f) et à l'art. 15 de la *Charte* avaient été violés. De nouveaux éléments de preuve volumineux ont été présentés relativement aux mesures que l'Ontario avait prises durant plusieurs années pour dresser les listes de jurés du district de Kenora.

[6] The Court of Appeal issued three sets of reasons. Two of the judges — LaForme and Goudge J.J.A. — held that Mr. Kokopenace’s ss. 11(d) and 11(f) rights had been violated and ordered a new trial on that basis. In dissent, Rouleau J.A. held that Ontario had made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury roll. He therefore would have dismissed the appeal. All three judges rejected Mr. Kokopenace’s s. 15 claims.

[7] The Crown now appeals to this Court, and Mr. Kokopenace renews his s. 15 claims.

III. The Jury Selection Process in the District of Kenora

A. *Overview of the Jury Selection Process in Ontario*

[8] To be eligible to serve as a juror in Ontario, individuals must be at least 18 years of age and must be Canadian citizens who reside in Ontario. There are several additional limitations on eligibility, including exemptions related to an individual’s profession or prior criminal record: *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4. Drawing from the pool of eligible individuals, jury selection takes place in three stages:

1. The preparation of the jury roll, composed of individuals who are randomly selected from the community in each judicial district throughout Ontario.
2. The selection of names from the jury roll to make up the jury panels (also known as arrays) for court sittings. Jury panels act as the pools from which trial juries are selected.
3. The selection, from the jury panel, of the trial jury (also known as the petit jury) that will serve on a particular criminal trial.

[6] La Cour d’appel a rendu trois opinions. Deux des juges — les juges LaForme et Goudge — ont conclu que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) avaient été violés et ont ordonné la tenue d’un nouveau procès pour cette raison. Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l’Ontario avait déployé des efforts raisonnables pour inscrire des Autochtones résidant dans une réserve sur la liste des jurés. Il aurait donc rejeté l’appel. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l’art. 15.

[7] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, et M. Kokopenace réitère ses prétentions fondées sur l’art. 15.

III. Le processus de sélection des jurés dans le district de Kenora

A. *Aperçu du processus de sélection des jurés en Ontario*

[8] Pour être habile à remplir les fonctions de juré en Ontario, la personne doit être âgée d’au moins 18 ans, avoir la citoyenneté canadienne et résider en Ontario. Cette habilité est assortie de plusieurs autres restrictions, dont des exemptions liées à la profession de la personne ou à sa possession d’un casier judiciaire : *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4. La sélection des jurés se fait en trois étapes à partir du bassin des personnes habiles :

1. La préparation de la liste des jurés, composée de personnes sélectionnées au hasard dans la collectivité de chaque district judiciaire de l’Ontario.
2. La sélection des personnes inscrites sur la liste des jurés qui formeront le tableau des jurés lors des sessions du tribunal. Les tableaux des jurés constituent les bassins à partir desquels les jurés sont sélectionnés pour les procès.
3. La sélection du jury (également connu sous le nom de petit jury), à partir du tableau des jurés, qui remplira ses fonctions dans un procès criminel donné.

[9] In Ontario, the first two stages are governed by the *Juries Act* and the third stage is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent's challenge is to the first stage of the process — the preparation of the jury roll.

[10] The *Juries Act* requires that a jury roll be prepared by provincial officials each year for every judicial district in Ontario. The same roll is used for all trials in a district in a given calendar year. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, Ontario compiles its jury rolls based on municipal assessment lists obtained from the Municipal Property Assessment Corporation ("MPAC"). Enumeration by MPAC occurs once every three years, and the MPAC lists are not updated between enumerations.

[11] MPAC data does not capture individuals who reside on First Nations reserves. For that reason, s. 6(8) of the *Juries Act* provides a separate process for including on-reserve residents in the jury rolls. Section 6(8) directs:

In the selecting of persons for entry in the jury roll in a county or district in which an Indian reserve is situated, the sheriff shall select names of eligible persons inhabiting the reserve in the same manner as if the reserve were a municipality and, for the purpose, the sheriff may obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available.

[12] The aim of both ss. 6(2) and 6(8) is that each municipality or reserve be sent the number of notices that is approximately proportionate to that municipality or reserve's percentage of the total population in the judicial district.

[13] In practice, the sheriff's duties under s. 6(8) are carried out by various provincial and local employees in each judicial district. Staff in the Court Services Division ("CSD") are responsible for virtually the entire process of selecting on-reserve individuals for the jury roll. They obtain lists of on-reserve residents for use in the jury selection process,

[9] En Ontario, les deux premières étapes sont régies par la *Loi sur les jurys* tandis que la troisième est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La contestation de l'intimé vise la première étape du processus : la préparation de la liste des jurés.

[10] La *Loi sur les jurys* exige qu'une liste de jurés soit préparée chaque année par des fonctionnaires provinciaux pour chacun des districts judiciaires de l'Ontario. La même liste est utilisée pour tous les procès tenus dans un district au cours d'une année civile donnée. Suivant le par. 6(2) de cette loi, l'Ontario dresse ses listes de jurés en fonction des listes d'évaluation municipale qu'il reçoit de la Société d'évaluation foncière des municipalités (la « SEFM »). Cette dernière effectue un recensement une fois tous les trois ans et ses listes ne sont pas mises à jour entre les recensements.

[11] Les données de la SEFM ne tiennent pas compte des personnes qui habitent dans les réserves des Premières Nations. Voilà pourquoi le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* prévoit une procédure distincte pour inscrire ces résidents sur les listes de jurés. Le paragraphe 6(8) prévoit :

Pour dresser une liste de jurés pour un comté ou un district où se trouve une réserve indienne, le shérif sélectionne le nom des habitants de la réserve habiles à être membres d'un jury comme si la réserve était une municipalité et, à cette fin, il peut obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible.

[12] Les paragraphes 6(2) et 6(8) visent tous deux l'envoi, à chaque municipalité ou réserve, du nombre d'avis de sélection qui est approximativement proportionnel au pourcentage, dans cette municipalité ou réserve, de la population totale du district judiciaire.

[13] En fait, les fonctions attribuées au shérif par le par. 6(8) sont exercées par divers fonctionnaires provinciaux et municipaux dans chaque district judiciaire. Les employés de la Division des services aux tribunaux (la « DST ») sont responsables de presque tout le processus de sélection des habitants d'une réserve qui figureront sur la liste des jurés. Ils

calculate the number of jury notices (also known as questionnaires) that are required, randomly select the on-reserve individuals who will receive notices, prepare the notices, and mail them to the selected recipients. The Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for providing each CSD office with the number of questionnaires that is required for the mailouts to the on-reserve population. The PJC receives the completed questionnaires from the selected on-reserve individuals and then enters the eligible names into the jury selection system, used to develop the jury roll.

B. PDB #563 and the Lists Used for Section 6(8) Purposes

[14] PDB #563 was the policy directive from the Ontario Ministry of the Attorney General that provided guidance to CSD staff on the s. 6(8) process at the relevant time. It indicated that CSD staff should

- ascertain, check, and confirm the reserves located in their county or district;
- attempt to obtain band electoral lists, or any other accurate lists of residents, by writing letters, telephoning, or visiting the reserves in the district;
- calculate the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents;
- randomly select the required number of individuals to whom questionnaires were to be sent from the best possible list; and
- provide interim and final reports to the PJC at certain points in the process.

[15] PDB #563 encouraged staff to attempt to obtain the best lists of on-reserve residents available.

obtiennent les listes des résidents d’une réserve qui seront utilisées dans le processus de sélection des jurés, calculent le nombre d’avis de sélection de juré requis (également appelés questionnaires), sélectionnent aléatoirement les habitants d’une réserve qui recevront des avis de sélection, préparent les avis de sélection et les envoient par courrier aux destinataires choisis. Le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») est chargé de fournir à chaque bureau de la DST le nombre de questionnaires qu’il faut envoyer par la poste aux résidents des réserves. Le CPSJ reçoit les questionnaires remplis par les habitants de la réserve sélectionnés, puis inscrit le nom des personnes habiles dans le système de sélection des jurés utilisé pour dresser la liste des jurés.

B. La PDB n° 563 et les listes utilisées pour l’application du par. 6(8)

[14] La PDB n° 563 était la directive d’orientation du ministère du Procureur général de l’Ontario qui servait de guide au personnel de la DST pour appliquer la procédure prévue par le par. 6(8) à l’époque en cause. Elle indiquait que les employés de la DST doivent :

- établir, vérifier et confirmer les réserves situées dans leur comté ou district;
- tenter d’obtenir les listes électorales des bandes ou toute autre liste exacte de résidents, en écrivant des lettres, en téléphonant ou en visitant les réserves du district;
- calculer le nombre de questionnaires à envoyer aux résidents des réserves;
- sélectionner au hasard le nombre nécessaire de personnes à qui il faut envoyer des questionnaires à partir de la meilleure liste disponible;
- fournir des rapports provisoires et finaux au CPSJ à certains stades du processus.

[15] La PDB n° 563 encourageait les employés à tenter d’obtenir les meilleures listes disponibles

To this end, it directed staff to seek band electoral lists “or any other accurate list of residents”.

[16] PDB #563 also indicated that lists provided by the federal government department known at the time as Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) were not the best possible lists because they included the names of band members who did not reside on the reserve. However, if CSD staff were unsuccessful in their attempts to obtain a better list from the band, the general practice was to use the INAC lists. Until 2001, INAC regularly provided its lists to Ontario for the purposes of s. 6(8). However, in 2001, INAC stopped providing the CSD with band lists, ostensibly because of privacy concerns. From that point on, CSD employees’ attempts to obtain lists directly from the First Nations reserves became increasingly important, as the INAC lists grew more outdated with each passing year.

C. The Compilation of Jury Rolls in the District of Kenora

[17] The District of Kenora contains a large number of reserves, which are associated with approximately 46 different First Nations. The on-reserve adult population makes up between 21 to 32 per cent of the adult population of the district.

[18] There has been a significant decline in the rates of response to jury notices from on-reserve residents in the District of Kenora over the years. In 1993, the return rate for completed jury questionnaires in the district was approximately 33 per cent for on-reserve residents and 60 to 70 per cent for off-reserve communities: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 114. Around that time, the Kenora CSD office began including an additional letter with the jury notices sent to on-reserve residents to help recipients understand the jury process. Although the letter was written in English, a translation in Ojibway and Oji-Cree syllabics

de résidents des réserves. Elle chargeait à cette fin les employés de solliciter les listes électorales des bandes [TRADUCTION] « ou toute autre liste exacte de résidents ».

[16] En outre, la PDB n° 563 indiquait que les listes fournies par le ministère fédéral connu à l’époque sous le nom d’Affaires indiennes et du Nord Canada (l’« AINC ») n’étaient pas les meilleures listes disponibles parce qu’elles comprenaient le nom des membres d’une bande qui n’habitaient pas la réserve. Par contre, si les employés de la DST ne réussissaient pas à obtenir une meilleure liste auprès de la bande, ils avaient pour pratique courante d’utiliser les listes d’AINC. Jusqu’en 2001, AINC fournissait régulièrement ses listes à l’Ontario pour l’application du par. 6(8). Toutefois, cette année-là, AINC a cessé de fournir les listes des bandes à la DST, apparemment par souci de respect de la vie privée. Depuis ce temps, la nécessité des démarches prises par les employés de la DST pour obtenir des listes directement auprès des réserves des Premières Nations s’est fait de plus en plus sentir, les listes d’AINC devenant de plus en plus désuètes d’une année à l’autre.

C. L’établissement des listes de jurés dans le district de Kenora

[17] Le district de Kenora compte un grand nombre de réserves, qui sont associées à environ 46 Premières Nations différentes. Les adultes des réserves représentent entre 21 et 32 p. 100 de la population adulte du district.

[18] Le taux de réponse aux avis de sélection de juré chez les résidents des réserves dans le district de Kenora a connu un déclin important au fil des ans. En 1993, le taux de renvoi des questionnaires remplis des jurés dans le district était d’environ 33 p. 100 chez les résidents des réserves et d’environ 60 à 70 p. 100 chez les collectivités hors réserve : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 114. À cette époque, le bureau de la DST de Kenora a commencé à joindre une lettre additionnelle aux avis de sélection de juré destinés aux résidents des réserves pour les aider à comprendre le processus de sélection des jurés. La lettre

was also enclosed. Despite the provision of this letter, the response rate from on-reserve residents did not increase. By 2002, it had dropped to 15.8 percent, and by 2008 (the year at issue in this appeal), it had declined to 10 percent.

(1) The Delivery of Jury Notices to On-Reserve Residents in the District of Kenora

[19] Many of the First Nations communities in the District of Kenora are remote and are accessible only by air. In these communities, individuals typically do not have mailboxes at their place of residence. Some have a community mailbox or an individual box in the post office. For other individuals, mail is held at the post office and they must retrieve it from the postal clerk.

[20] When jury notices are sent to on-reserve residents, they are sent “General Delivery”. Mail delivered in this manner is sent to the community post office, but not to individual or community postal boxes. Post office employees then carry out a practice known as a “knowledge sort”, in which they attempt to deliver the notices to the community mailbox or post office boxes of the recipients. Postal clerks tend to be familiar with the residents in these small communities and, if they know the recipient, they will put the letter in the recipient’s community mailbox or post office box instead of returning it to the sender. Where there is no listed postal box or the postal clerks do not know the recipient, postal clerks put the mail aside and cross-reference the name against the customer list in an attempt to determine the correct postal box. Mail that is not claimed within 30 days and has not been delivered to a community mailbox or post office box is typically returned to the sender by the post office.

était écrite en anglais, mais une traduction en ojibwé et en oji-cri était également jointe. Malgré l’ajout de cette lettre, le taux de réponse des résidents des réserves n’a pas augmenté. En 2002, il avait chuté à 15,8 p. 100 et en 2008 (l’année en cause dans le présent pourvoi), il avait baissé à 10 p. 100.

(1) L’envoi d’avis de sélection de juré aux résidents des réserves dans le district de Kenora

[19] Bon nombre des collectivités des Premières Nations du district de Kenora sont isolées et accessibles uniquement par voie aérienne. Les habitants de ces collectivités ne possèdent généralement pas de boîte aux lettres à leur lieu de résidence. Certains disposent d’une boîte postale communautaire ou possèdent une case postale individuelle au bureau de poste. Pour d’autres personnes, le courrier est conservé au bureau de poste et elles doivent le récupérer auprès du commis des postes.

[20] Les avis de sélection de juré destinés aux résidents d’une réserve sont envoyés à une adresse de « poste restante ». Le courrier distribué de cette façon est envoyé au bureau de poste communautaire, mais n’est pas livré à des cases postales individuelles ou communautaires. Les employés des postes font ensuite un tri du courrier selon leur connaissance des habitants de la réserve et tentent ainsi de livrer les avis à la boîte postale communautaire ou aux cases postales des destinataires. Les commis des postes ont tendance à connaître les résidents de ces petites collectivités et, s’ils connaissent le destinataire, ils déposeront la lettre dans sa boîte postale communautaire ou dans sa case postale au lieu de la retourner à l’expéditeur. S’il n’y a pas de case postale désignée ou si les commis ne connaissent pas le destinataire, ils mettent la lettre qui lui est destinée de côté et vérifient si son nom figure sur la liste des clients pour tenter de déterminer la bonne case postale. Le courrier qui n’est pas réclamé dans les 30 jours et qui n’a pas été livré à une boîte postale communautaire ou une case postale est habituellement retourné à l’expéditeur par le bureau de poste.

(2) The Implementation of Section 6(8) in the District of Kenora

[21] During the time period relevant to this appeal, the sheriff's s. 6(8) duties in the District of Kenora were carried out by Ms. Laura Loohuizen, the group leader in the local CSD office. Ms. Loohuizen became involved in s. 6(8) work in 2001, at which time she was given the lists of on-reserve residents used by her predecessor. She was provided with INAC lists for 42 of the 43 reserves that she believed fell within the district. There was no list for the 43rd reserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Ms. Loohuizen was not provided with training about the boundaries of the district or about how to carry out s. 6(8) work. However, she made inquiries to the PJC about the process for obtaining updated lists. In carrying out her work, she relied on the directions in PDB #563, instructions from her supervisors in the CSD office, directives given by the PJC, and advice provided by Stach J., a respected and long-serving judge of the Ontario Superior Court of Justice in the District of Kenora. Although Ms. Loohuizen relied on PDB #563, the interim and final reports it envisioned were sometimes not completed — or if completed, failed to contain all the required information. Fully completed reports would have detailed the steps taken to obtain updated lists, the success of those efforts, and the number of questionnaires sent to the reserves.

[23] Ms. Loohuizen made repeated and escalating efforts over the years to obtain updated lists from the reserves. However, she had great difficulty securing cooperation from many of them and often had to carry out her s. 6(8) work based on inaccurate or outdated lists.

(2) La mise en application du par. 6(8) dans le district de Kenora

[21] Durant la période pertinente en l'espèce, les fonctions que le par. 6(8) confie au shérif ont été exercées dans le district de Kenora par Laura Loohuizen, la chef de groupe au bureau local de la DST. Madame Loohuizen a commencé à faire le travail prévu au par. 6(8) en 2001, année durant laquelle elle a reçu les listes de résidents d'une réserve utilisées par son prédécesseur. Elle a reçu les listes d'AINC pour 42 des 43 réserves qui, selon elle, relevaient du district. Aucune liste n'avait été fournie pour la 43^e réserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Madame Loohuizen n'a reçu aucune formation concernant les limites du district ou sur la façon d'accomplir le travail prévu au par. 6(8). Toutefois, elle s'est renseignée auprès du CPSJ sur la marche à suivre pour obtenir des listes à jour. Dans l'exercice de ses fonctions, elle s'est fondée sur les directives énoncées dans la PDB n° 563, les consignes de ses superviseurs au bureau de la DST, les directives du CPSJ ainsi que les conseils fournis par le juge Stach, un juge respecté et siégeant depuis longtemps à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le district de Kenora. Bien que M^{me} Loohuizen se soit fondée sur la PDB n° 563, les rapports provisoires et finaux qui y sont prévus n'étaient parfois pas achevés — ou s'ils l'étaient, ils ne contenaient pas tous les renseignements nécessaires. Des rapports entièrement terminés auraient exposé en détail les mesures prises pour obtenir des listes à jour, l'efficacité de ces mesures et le nombre de questionnaires envoyés aux réserves.

[23] Madame Loohuizen a déployé des efforts répétés et croissants au fil des ans pour se procurer des listes à jour auprès des réserves. Cependant, elle a eu beaucoup de difficulté à obtenir la collaboration de bon nombre d'entre elles et devait souvent accomplir son travail prévu par le par. 6(8) au moyen de listes inexactes ou désuètes.

D. *Efforts in 2007 for the Preparation of the 2008 Jury Roll*

[24] In 2007, for the first time, the PJC informed Ms. Loohuizen of statistics showing the low rate of response for on-reserve residents. The numbers indicated that in response to the 2006 mailouts (for the 2007 jury roll), the rate of return for on-reserve residents was 10.72 percent compared to an off-reserve response rate of 56 percent. Of the questionnaires that had been sent to on-reserve residents, 72 percent were not returned and 17 percent were returned by the post office as undeliverable — statistics that were markedly worse than those for the off-reserve population.

[25] Ms. Loohuizen communicated these results to Stach J., who had provided advice on the s. 6(8) process from time to time, and it was decided that the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents should be increased by almost 50 percent. Her superiors in the Kenora CSD office also decided that Ms. Loohuizen would travel to several reserves in the district to meet with band leadership to discuss jury representativeness issues.

[26] Also in 2007, Ms. Loohuizen inquired about the boundaries of the District of Kenora. Her inquiry was apparently prompted by questions that arose in relation to an upcoming coroner's inquest. After making these inquiries, she discovered that she had inadvertently been excluding two reserves from her s. 6(8) efforts because she had not known that they fell within the district. She also discovered that another reserve on her list, Sandy Lake, had split in two, creating two separate communities. Consequently, there were 46 reserves — not 43 — that should have been included in her s. 6(8) work. She became aware of these errors too late to obtain lists for use in the preparation of the 2008 jury roll. As she still had not succeeded in obtaining a list for Neskantaga/Lansdowne House, that reserve was also excluded from the jury roll process for 2008.

D. *Efforts déployés en 2007 pour dresser la liste des jurés de 2008*

[24] En 2007, pour la première fois, le CPSJ a informé M^{me} Loohuizen des statistiques montrant le faible taux de réponse des résidents des réserves. Les chiffres indiquaient qu'en réponse aux envois de 2006 (pour dresser la liste des jurés de 2007), le taux de renvoi de la part des résidents des réserves était de 10,72 p. 100 comparativement à 56 p. 100, le taux de réponse enregistré chez les résidents hors réserve. Parmi les questionnaires envoyés aux résidents des réserves, 72 p. 100 n'ont pas été retournés et 17 p. 100 ont été retournés par le bureau de poste à titre d'envoi non livrable; ces statistiques étaient nettement inférieures à celles concernant les résidents hors réserve.

[25] Madame Loohuizen a communiqué ces résultats au juge Stach, qui avait donné à l'occasion des conseils sur la procédure établie au par. 6(8), et il a été décidé qu'il fallait envoyer près de 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves. Les supérieurs de M^{me} Loohuizen au bureau de la DST de Kenora ont également décidé qu'elle visiterait plusieurs réserves du district pour rencontrer les dirigeants des bandes afin de discuter des questions de représentativité des jurys.

[26] En 2007 également, M^{me} Loohuizen s'est renseignée sur les limites du district de Kenora. Sa demande faisait apparemment suite aux questions qui découlaient d'une enquête imminente du coroner. Après avoir demandé ces renseignements, elle s'est rendu compte qu'elle avait exclu par inadvertance deux réserves de ses fonctions prévues par le par. 6(8) parce qu'elle ne savait pas qu'elles relevaient du district. Elle a également constaté qu'une autre réserve figurant sur sa liste, Sandy Lake, s'était scindée en deux, devenant ainsi deux collectivités distinctes. Par conséquent, ce sont 46 réserves — et non 43 — qui auraient dû relever de son travail prévu par le par. 6(8). Elle a constaté ces erreurs trop tard pour pouvoir obtenir des listes en vue de préparer la liste des jurés de 2008. Comme elle n'avait toujours pas réussi à obtenir une liste pour la réserve Neskantaga/Lansdowne House, celle-ci a également été exclue de l'établissement de la liste des jurés pour 2008.

[27] As a result of Ms. Loohuizen's efforts, the 2007 mailouts for the 2008 jury roll were based on the following lists:

- Band lists from 2006 for two First Nations
- Band lists from 2007 for eight First Nations
- INAC lists from 2000 for 32 First Nations
- No lists for four First Nations

[28] Ultimately, only 10 percent of the questionnaires sent to on-reserve residents were returned, and only 5.7 percent of on-reserve residents who returned the questionnaires were eligible to serve as jurors. Mr. Kokopenace's jury was selected from a jury panel of 175 jurors, 8 of whom were on-reserve residents. No on-reserve residents were selected for Mr. Kokopenace's petit jury.

E. *The Iacobucci Report and Efforts Made After 2008*

[29] Since 2008, Ontario has expanded its efforts to include on-reserve residents in the jury selection process. The province has updated its policies, provided formal training on s. 6(8) work, increased the number of questionnaires sent to on-reserve residents, and started tracking statistics about response and delivery rates for those questionnaires. Significantly, in 2011, Ontario appointed the Honourable Frank Iacobucci as an independent reviewer to study the issue of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents on juries and to make recommendations for resolving the problem. The report detailing his findings was released in 2013, while Mr. Kokopenace's appeal was under reserve at the Court of Appeal: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). The Iacobucci Report

[27] Par suite des efforts déployés par M^{me} Loohuizen, les envois postaux de 2007 pour la préparation de la liste des jurés de 2008 étaient fondés sur les listes suivantes :

- les listes de bandes de 2006 pour deux Premières Nations
- les listes de bandes de 2007 pour huit Premières Nations
- les listes d'AINC de 2000 pour 32 Premières Nations
- aucune liste pour quatre Premières Nations

[28] En fin de compte, seulement 10 p. 100 des questionnaires envoyés aux résidents des réserves ont été retournés, et seulement 5,7 p. 100 de ces personnes qui ont retourné les questionnaires étaient habiles à remplir les fonctions de juré. Le jury dans le procès de M. Kokopenace a été constitué à partir d'un tableau de 175 jurés, dont 8 habitaient une réserve. Aucun résident d'une réserve n'a été sélectionné pour faire partie du petit jury de M. Kokopenace.

E. *Le rapport Iacobucci et les mesures prises après 2008*

[29] Depuis 2008, l'Ontario a élargi ses mesures pour faire participer les résidents des réserves au processus de sélection des jurés. La province a mis ses politiques à jour, offert une formation en bonne et due forme sur les fonctions prévues au par. 6(8), envoyé un nombre accru de questionnaires à ces résidents et commencé à faire le suivi des statistiques concernant les taux de réponse et de distribution pour les questionnaires en cause. Fait important, en 2011, l'Ontario a nommé l'ancien juge Frank Iacobucci à titre d'examineur indépendant pour étudier la question de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans les jurys et pour formuler des recommandations afin de régler le problème. Le rapport exposant en détail ses conclusions a été rendu public en 2013, alors que l'appel interjeté par M. Kokopenace était en délibéré en Cour d'appel : *La représentation des Premières Nations sur la liste des*

reveals that the problem with the underrepresentation of on-reserve residents is deep-rooted and multi-faceted, and that it extends well beyond the difficulty of obtaining accurate source lists. It explains that the problem is linked to the long history of Aboriginal estrangement from the justice system and the mistrust of that system that has resulted. Since the report's release, Ontario has begun implementing some of its recommendations.

IV. The Decision of the Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] The Court of Appeal delivered three sets of reasons. Both LaForme and Goudge J.J.A. concluded that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights were violated; in contrast, Rouleau J.A. held that there was no *Charter* violation. The court unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claims.

[31] All three judges accepted that the test to determine whether Ontario had met its representativeness obligations was whether it had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included in the jury roll. They held that reasonable efforts must be made at each step of the process, including compiling the lists, sending the notices, facilitating their delivery and receipt, and encouraging responses.

[32] The majority emphasized that the analysis of Ontario's efforts under s. 6(8) of the *Juries Act* must be guided by both the honour of the Crown and the principles in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. In its view, Ontario was required to consider the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system and to work with First Nations governments to fashion a solution to the problem. According to the majority, it was unreasonable for Ontario to delegate its s. 6(8) responsibilities to Ms. Loohuizen, a junior public servant. Senior government officials

jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci (2013) (« rapport Iacobucci »). Le rapport Iacobucci révèle que le problème de la sous-représentation des résidents des réserves est profondément enraciné, comporte de multiples facettes et déborde largement les difficultés à obtenir des listes brutes exactes. Il explique que le problème est lié à la marginalisation de longue date des Autochtones au sein du système de justice et à la méfiance envers ce système qui en a découlé. Depuis la publication du rapport, l'Ontario commence à mettre en œuvre certaines de ses recommandations.

IV. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] La Cour d'appel a rendu trois opinions. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f); par contre, le juge Rouleau a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15.

[31] Les trois juges ont tous reconnu que, pour déterminer si l'Ontario s'était acquitté de ses obligations de représentativité, le tribunal devait se demander si la province avait déployé des efforts raisonnables en vue de donner aux groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Ils ont conclu que des efforts raisonnables doivent être faits à chaque étape du processus, y compris l'établissement des listes, l'envoi des avis, la facilitation de leur livraison et de leur réception de même que l'incitation à y répondre.

[32] Les juges majoritaires ont souligné que l'analyse des efforts déployés par l'Ontario en application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* doit respecter à la fois l'honneur de la Couronne et les principes établis dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Selon eux, l'Ontario devait tenir compte de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice et collaborer avec les gouvernements des Premières Nations en vue de trouver une solution au problème. D'après les juges majoritaires, il était déraisonnable pour l'Ontario de déléguer les responsabilités que lui

were required to engage with First Nations in a government-to-government process.

[33] The majority also concluded that Ontario improperly focused all of its attention on efforts to obtain updated lists. It found that the low response rates required Ontario to investigate the causes of the problem and to actively encourage responses from on-reserve residents. Ontario's failure to do so led the majority to conclude that Ontario had ignored the problem and had failed to make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. It followed that Mr. Kokopenace's rights under ss. 11(d) and 11(f) were violated.

[34] In terms of remedy, the majority was satisfied that Mr. Kokopenace received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of partiality or bias. However, the majority found that the violations of ss. 11(d) and 11(f) "necessarily undermine[d] public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice" (para. 227). Consequently, it concluded that the only effective remedy was a new trial.

[35] In dissent, Rouleau J.A. found that Ontario's efforts were reasonable in light of what was known at the time. He emphasized that at the time relevant to this appeal, everyone was under the impression that the low response rates were caused by the outdated lists — indeed, the problems with the lists were the main focus of Mr. Kokopenace's arguments before the Court of Appeal. It was only after the Iacobucci Report was released that the complexity of the problem became clear. In his view, the majority's criticisms were misplaced because they were based on information that was unknown to Ontario at the time.

[36] Rouleau J.A. also concluded that the low response rates did not mean that on-reserve residents had a reduced opportunity to participate. In

attribue le par. 6(8) à M^{me} Loohuizen, une fonctionnaire subalterne. Des hauts dirigeants du gouvernement étaient tenus de s'engager avec les Premières Nations dans des échanges entre gouvernements.

[33] Les juges majoritaires ont également conclu que l'Ontario avait porté à tort toute son attention sur les efforts déployés pour obtenir des listes à jour. D'après eux, le faible taux de réponse obligeait l'Ontario à étudier les causes du problème et à encourager activement les résidents des réserves à répondre. L'inaction de l'Ontario à cet égard a mené les juges majoritaires à conclure qu'il avait négligé le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables pour permettre honnêtement la participation des résidents autochtones des réserves. Il s'ensuit que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) ont été violés.

[34] En ce qui concerne la réparation, les juges majoritaires étaient convaincus que M. Kokopenace avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, ils ont jugé que les violations des al. 11d) et 11f) [TRADUCTION] « min[aient] nécessairement la confiance du public dans l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice » (par. 227). Ils ont donc conclu que la seule réparation adéquate était la tenue d'un nouveau procès.

[35] Le juge Rouleau, dissident, a estimé que les efforts déployés par l'Ontario étaient raisonnables compte tenu de ce que l'on savait à l'époque. Il a souligné que, pendant la période en cause dans le présent pourvoi, tout le monde avait l'impression que le faible taux de réponse était imputable aux listes désuètes. En effet, les arguments avancés par M. Kokopenace devant la Cour d'appel portaient principalement sur les failles des listes. Ce n'est qu'après la publication du rapport Iacobucci que la complexité du problème est devenue évidente. À son avis, les critiques des juges majoritaires étaient injustifiées parce qu'elles reposaient sur des renseignements dont n'avait pas connaissance l'Ontario à l'époque.

[36] Le juge Rouleau a également conclu que le faible taux de réponse ne signifiait pas que les résidents des réserves avaient moins l'occasion de

his view, the fact that on-reserve residents had declined the invitation to participate did not lead to the conclusion that Ontario had not provided an opportunity for their inclusion. Ontario's constitutional obligation did not require it to make all efforts or to make fruitless efforts: it was only required to make reasonable efforts to extend an invitation to participate. In his view, Ontario did so. He therefore found that there were no violations of ss. 11(d) or 11(f).

[37] With respect to the s. 15 claims, there were two arguments before the court. First, Mr. Kokopenace sought public interest standing to raise an equality argument on behalf of prospective jurors who were on-reserve residents. Second, he claimed that his personal s. 15 rights had been violated. The Court of Appeal unanimously rejected both claims. The court held that it was not an appropriate case in which to grant public interest standing and, with respect to Mr. Kokopenace's personal s. 15 claim, that he had provided no evidence that he suffered a disadvantage because of Ontario's actions. Consequently, neither claim could succeed.

V. Issues

[38] There are four issues before this Court:

1. How is representativeness defined and how does it factor into ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*?
2. Did Ontario meet its representativeness obligation in this case?
3. Did Ontario violate the s. 15 rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors?
4. If Mr. Kokopenace's *Charter* rights were violated, what is the appropriate remedy?

participer au processus. Selon lui, le fait que ces résidents avaient refusé l'invitation à participer ne menait pas à la conclusion que l'Ontario n'avait pas permis leur participation. L'obligation constitutionnelle de l'Ontario n'exigeait pas de lui qu'il déploie tous les efforts possibles ou fasse des efforts inutiles : il n'était tenu que de déployer des efforts raisonnables pour inviter les résidents des réserves à participer au processus. À son sens, c'est ce que l'Ontario a fait. Il a donc conclu qu'il n'y avait pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f).

[37] S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15, deux arguments ont été présentés devant le tribunal. Premièrement, M. Kokopenace a cherché à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin d'invoquer un argument relatif au droit à l'égalité au nom des candidats jurés habitant dans des réserves. Deuxièmement, il a fait valoir que ses droits personnels prévus à l'art. 15 avaient été violés. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les deux prétentions. Elle a décidé qu'il ne convenait pas en l'espèce d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et, pour ce qui est de la prétention personnelle avancée par M. Kokopenace sur le fondement de l'art. 15, ce dernier n'avait aucunement prouvé que les mesures prises par l'Ontario l'avaient défavorisé. Par conséquent, aucune des prétentions ne pouvait être retenue.

V. Questions en litige

[38] Notre Cour est saisie de quatre questions :

1. Comment la représentativité est-elle définie et comment s'inscrit-elle dans l'application des al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*?
2. L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?
3. L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?
4. S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la *Charte*, quelle est la réparation convenable?

VI. AnalysisA. *How Is Representativeness Defined and How Does It Factor Into Sections 11(d) and 11(f) of the Charter?*(1) Defining Representativeness

[39] Representativeness is an important feature of the jury; however, its meaning is circumscribed. What is required is a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524. There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Courts have consistently rejected the idea that an accused is entitled to a particular number of individuals of his or her race on either the jury roll or petit jury: *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; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (Ont. S.C.), at pp. 40-41. As Rosenberg J.A. observed in *Church of Scientology*, at p. 121, “[w]hat is required is a process that provides a platform for the selection of a competent and impartial petit jury, ensures confidence in the jury’s verdict, and contributes to the community’s support for the criminal justice system.”

[40] As this statement indicates, representativeness is about the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. To date, the jurisprudence has discussed two key features of the jury roll process that ensure representativeness: the use of source lists that draw from a broad cross-section of society, and random selection from those sources (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 20; *Sherratt*, at p. 525; *Church of Scientology*, at p. 121). I would add a third feature to this list, namely, the delivery of notices to those who have been randomly selected. A jury roll is representative when these three features are present, provided that the state has not deliberately excluded members of a particular group. This process aims to ensure

VI. AnalyseA. *Comment la représentativité est-elle définie et comment s’inscrit-elle dans l’application des al. 11d) et 11f) de la Charte?*(1) Définition de la représentativité

[39] La représentativité est un aspect important du jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524. Il n’existe aucun droit à une liste de jurés d’une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l’idée que l’accusé a droit à une liste de jurés ou à un petit jury composé d’un nombre précis de membres de sa race : *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; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (C.S. Ont.), p. 40-41. Comme l’a fait remarquer le juge Rosenberg à la p. 121 de l’arrêt *Church of Scientology*, [TRADUCTION] « [i]l faut un processus qui fournit les outils nécessaires à la sélection d’un petit jury compétent et impartial, qui assure la confiance dans le verdict du jury et qui contribue à l’appui manifesté par la collectivité à l’égard du système de justice pénale. »

[40] Comme le montre cette affirmation, la représentativité concerne la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sa composition finale. La jurisprudence a traité à ce jour de deux caractéristiques clés de cette procédure qui garantissent la représentativité : le recours à des listes brutes issues d’un large échantillon de la société et la sélection aléatoire à partir de ces sources (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 20; *Sherratt*, p. 525; *Church of Scientology*, p. 121). J’ajouterais à cette liste une troisième caractéristique, soit la distribution des avis aux personnes choisies aléatoirement. La liste des jurés est représentative lorsque ces trois caractéristiques sont présentes, pourvu que l’État n’ait pas délibérément exclu les membres d’un

that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury: *Church of Scientology*, at p. 122. It also seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population: *ibid.*, at pp. 122-24.

[41] The first feature — the use of source lists that draw from a broad cross-section of society — aims to capture as many eligible jurors in each district as possible. A perfect source list would capture all eligible jurors and would therefore proportionately represent all eligible groups in the district. However, the *Charter* does not mandate a proportionately representative list, nor would such a requirement be feasible. Indeed, it would be virtually impossible to find a source list that meets this requirement.

[42] The second feature — random selection — focuses on the manner in which individuals are selected from the source lists for inclusion on the jury roll.¹ It ensures that everyone captured on the source lists has an equal chance of being selected for the jury roll. Consequently, representativeness cannot require a jury roll of a particular composition. This would necessitate a selection process that inquired into prospective jurors' backgrounds — a concept that is incompatible with random selection. Indeed, no province requires that its jury rolls proportionately represent the cultures, races, religions, or other individual characteristics of its inhabitants. Requiring that a jury roll proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. As the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330, at para. 22:

¹ The selection process for juries that serve in criminal jury trials differs in many respects from the selection process for coroners' juries under the *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37. These reasons pertain only to the jury selection process for criminal trials, and I make no comment on the jury selection process under the *Coroners Act*.

groupe donné. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury : *Church of Scientology*, p. 122. Il vise également à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population : *ibid.*, p. 122-124.

[41] La première caractéristique — le recours à des listes brutes issues d'un large échantillon de la société — vise à obtenir le plus grand nombre possible de personnes habiles à être jurés dans chaque district. Une liste parfaite énumérerait toutes les personnes habiles à être jurés et représenterait donc proportionnellement tous les groupes admissibles dans le district. Or, la *Charte* ne commande pas une liste proportionnellement représentative, et il ne serait pas non plus possible de respecter une telle exigence. En effet, il serait pratiquement impossible de trouver pareille liste brute.

[42] La deuxième caractéristique — la sélection aléatoire — porte sur la façon dont les personnes sont sélectionnées à partir des listes brutes pour faire partie de la liste des jurés¹. Elle garantit que toutes les personnes inscrites sur les listes brutes ont une chance égale d'être sélectionnées pour faire partie de cette liste. Par conséquent, la représentativité ne peut requérir une liste de jurés d'une composition précise. Il faudrait alors un processus de sélection où l'on se renseigne sur les caractéristiques personnelles des candidats jurés, un concept incompatible avec la sélection aléatoire. D'ailleurs, aucune province n'exige que ses listes de jurés représentent proportionnellement les cultures, races, religions ou autres caractéristiques personnelles de ses habitants. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario au par. 22 de l'arrêt *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 :

¹ Le processus de sélection des jurys dans des procès criminels diffère à bien des égards de la procédure de sélection des jurys du coroner prévue par la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, c. C.37. Les présents motifs portent uniquement sur le processus de sélection des jurys dans des procès criminels et je ne fais aucun commentaire sur la procédure de sélection des jurys prévue par la *Loi sur les coroners*.

There are an almost infinite number of characteristics that one might consider should be represented in the petit jury: age, occupation, wealth, residency, country of origin, colour, sex, sexual orientation, marital status, ability, disability and so on. It would be impossible to ensure this degree of representation in any particular jury.

[43] Although these comments were made in the context of a challenge to the composition of a petit jury, they are equally applicable to the composition of the jury roll. Even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

[44] This conclusion is reinforced by the many restrictions we accept on the representativeness of our jury rolls. First, a jury roll is compiled for every judicial district, each of which is itself an artificially drawn region. The population of a given district may not be at all representative of Canada's broader population or of the particular community within that district where the offence was committed: *Church of Scientology*, at p. 121. Second, limitations on juror eligibility result in the exclusion of non-citizens, those convicted of criminal offences, and individuals practising certain professions. 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 the self-employed, those living in remote areas, and low-income individuals. All of these limits have long been accepted despite their impact on representativeness.

[45] The third feature — delivery — is self-explanatory. In short, before the jury roll can be compiled, the state must deliver notices to those who have been randomly selected in order to allow them to respond. The adequacy of delivery must be assessed on the facts of each case, bearing in mind the particular challenges that this undertaking presents.

[TRANSLATION] Il existe un nombre presque infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées dans le petit jury : l'âge, la profession, la fortune, la résidence, le pays d'origine, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la capacité, l'incapacité, etc. Il serait impossible d'assurer un tel degré de représentativité dans un jury donné.

[43] Bien que ces commentaires aient été formulés dans le contexte d'une contestation de la composition d'un petit jury, ils valent tout autant pour la composition de la liste des jurés. Même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui représente entièrement les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

[44] Cette conclusion est renforcée par les nombreuses restrictions acceptées à la représentativité de nos listes de jurés. Premièrement, une liste de jurés est dressée pour chaque district judiciaire, dont chacun est en soi une région artificiellement délimitée. Il se peut que la population d'un district donné ne soit pas du tout représentative de la population générale du Canada ou de la collectivité du district où l'infraction a été commise : *Church of Scientology*, p. 121. Deuxièmement, les restrictions à l'habilité à être juré ont pour effet d'exclure les non-citoyens, les personnes reconnues coupables d'une infraction criminelle et celles qui exercent certaines professions. 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. Cela entraîne généralement l'exclusion des travailleurs autonomes, des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu. Toutes ces restrictions sont acceptées depuis longtemps malgré leur incidence sur la représentativité.

[45] La troisième caractéristique — la distribution — se passe d'explication. En somme, avant que la liste des jurés ne puisse être dressée, l'État doit envoyer des avis aux personnes choisies aléatoirement pour leur permettre de répondre. Le caractère adéquat de la distribution doit être apprécié à la lumière des faits de chaque affaire, compte tenu des défis propres à cette entreprise.

[46] Consequently, in defining representativeness as it pertains to the jury roll, the focus is on the process, not the result. If the state has used an adequate process, the jury roll will necessarily be representative even if particular subsets of the population have few individuals on the jury roll.

(2) The Role of Representativeness Within Sections 11(d) and 11(f) of the Charter

[47] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

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

. . .

(f) 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;

Although representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f), it plays a different role in these two guarantees, as I will discuss.

(a) *Section 11(d)*

[48] Since s. 11(d) focuses on the independence and impartiality of the tribunal, the role of representativeness under this guarantee is necessarily limited to its effect on these concepts. A problem with representativeness that does not undermine independence or impartiality will not violate s. 11(d). The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Accordingly, I will limit my comments to this concept.

[46] Par conséquent, pour définir la représentativité dans le contexte de la liste des jurés, il faut privilégier le processus, et non le résultat. Si l'État a eu recours à une procédure adéquate, la liste des jurés sera forcément représentative même si des groupes précis de la population y sont peu représentés.

(2) Le rôle de la représentativité dans l'application des al. 11d) et 11f) de la Charte

[47] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

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

. . .

f) 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;

Bien que la représentativité relève à la fois de l'al. 11d) et de l'al. 11f), elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties, comme je vais l'expliquer plus loin.

a) *Alinéa 11d)*

[48] Puisque l'al. 11d) met l'accent sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, le rôle que joue la représentativité dans l'application de cette garantie se limite forcément à son incidence sur ces deux notions. Le problème de représentativité qui ne mine pas l'indépendance ou l'impartialité n'emportera pas violation de l'al. 11d). Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de cet alinéa. Je limiterai donc mes commentaires à cette notion.

[49] To determine whether a tribunal is impartial, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would have a reasonable apprehension of bias: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 684-91; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111-12 and 147-48. A tribunal must be impartial at both the institutional and individual levels. Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 140.

[50] Representativeness is an important guarantor of impartiality: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 46. There are two potential problems with representativeness that may impact on impartiality. First, the deliberate exclusion of a particular group would cast doubt on the integrity of the process and violate s. 11(d) by creating an appearance of partiality: *Church of Scientology*, at p. 118. Second, even when the state has not deliberately excluded individuals, the state's efforts in compiling the jury roll may be so deficient that they create an appearance of partiality: see, e.g., *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

[51] One important clarification about the relationship between representativeness and impartiality is in order. The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

[52] My colleague Cromwell J. implies at para. 238 that a petit jury drawn from a jury roll that does not include persons who share the same characteristics as the accused — here, Aboriginal on-reserve residency — will be less likely to detect and avoid the “often unconscious effects of racism”. However, there is no empirical data to support the

[49] Pour déterminer si un tribunal est impartial, il faut se demander si une personne raisonnable et bien informée des circonstances éprouverait une crainte raisonnable de partialité : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684-691; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111-112 et 147-148. Le tribunal doit être impartial tant sur le plan institutionnel qu'individuel. Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11d) si la procédure suivie pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140.

[50] La représentativité est un gage important d'impartialité : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 46. La représentativité peut avoir deux failles susceptibles d'influer sur l'impartialité. Premièrement, l'exclusion délibérée d'un groupe en particulier jetterait un doute sur l'intégrité du processus et violerait l'al. 11d) en créant une apparence de partialité : *Church of Scientology*, p. 118. Deuxièmement, même lorsque l'État n'exclut pas délibérément des personnes, les efforts qu'il déploie pour dresser la liste des jurés peuvent laisser à désirer au point de créer une apparence de partialité : voir, p. ex., *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)). Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11d).

[51] Il convient d'apporter une précision importante sur le lien entre la représentativité et l'impartialité. La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

[52] Mon collègue le juge Cromwell laisse entendre au par. 238 qu'un petit jury constitué à partir d'une liste de jurés formée de personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques que l'accusé — en l'espèce, le résident autochtone d'une réserve — sera moins susceptible de déceler et d'empêcher les « effets souvent inconscients du racisme ».

proposition that jurors of the same race as the accused are necessary to evaluate the evidence in a fair and impartial manner: *Laws*, at p. 516. The case at hand attests to this. There has been no allegation of actual bias or partiality in this case, and the Court of Appeal found that there was “no support in the circumstances of this case” for a reasonable apprehension of bias or partiality (para. 226). Moreover, there has already been a judicial finding that Mr. Kokopenace received a fair trial: *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Our criminal justice system has a strong presumption of juror impartiality — and the jury selection process contains numerous safeguards that are designed to weed out potentially biased individuals and ensure that the jurors who are selected for the petit jury will judge the case impartially: *Find*, at paras. 26 and 41-42; *Williams*, at para. 47. Contrary to Cromwell J.’s assertion, these protections have never hinged on the existence of a jury roll that proportionately represents the various groups in our society. Although Canadian courts have held that the jury roll must be representative, they have never held that it must be *proportionately* representative, as my colleague suggests.

[54] Several principles emerge from this discussion. First, the link between representativeness and s. 11(d) is restricted to the effect of representativeness on the impartiality of the tribunal. Second, and by extension, a problem with representativeness does not automatically translate into a s. 11(d) violation: one must always look at whether the state’s conduct created an appearance of bias. Finally, representativeness promotes impartiality through the process used to compile the jury roll, not through its ultimate composition.

(b) *Section 11(f)*

[55] 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

Cependant, aucune donnée empirique ne permet d’affirmer que les jurés doivent être de la même race que l’accusé pour être en mesure d’évaluer la preuve de façon équitable et impartiale : *Laws*, p. 516. La présente affaire en est la preuve. Aucune allégation de partialité réelle n’a été formulée en l’espèce, et selon la Cour d’appel, [TRADUCTION] « rien dans les circonstances de l’espèce » ne justifie une crainte raisonnable de partialité (par. 226). En outre, un tribunal a déjà conclu que M. Kokopenace avait bénéficié d’un procès équitable : *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Il existe, au sein de notre système de justice pénale, une forte présomption d’impartialité des jurés, et le processus de sélection des jurés comporte de nombreuses mesures de protection conçues pour écarter les personnes potentiellement partiales et garantir que celles choisies pour former le petit jury jugeront l’affaire de façon impartiale : *Find*, par. 26 et 41-42; *Williams*, par. 47. Contrairement à ce qu’affirme le juge Cromwell, ces protections n’ont jamais été tributaires de l’existence d’une liste de jurés qui représente proportionnellement les différents groupes de notre société. Même si les tribunaux canadiens ont conclu que la liste des jurés devait être représentative, ils n’ont jamais affirmé qu’elle devait être *proportionnellement* représentative, comme le soutient mon collègue.

[54] Plusieurs principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, le lien entre la représentativité et l’al. 11d) se limite à l’incidence de la représentativité sur l’impartialité du tribunal. Deuxièmement, et par extension, un problème de représentativité n’emporte pas automatiquement violation de l’al. 11d) : il faut toujours examiner si la conduite de l’État a créé une apparence de partialité. Enfin, la représentativité favorise l’impartialité grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de cette liste.

b) *Alinéa 11f)*

[55] 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

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.

[56] To be able to act as the “conscience of the community” as required by s. 11(f), the jury must be representative. For the purposes of s. 11(f), the meaning of representativeness is the same as it is under s. 11(d): it protects the accused’s right to an adequate jury selection process.

[57] Although both provisions incorporate the same definition of representativeness, the broader role it plays in s. 11(f) creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), the same cannot be said about s. 11(f). Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury. As this Court held in *Sherratt*, at p. 525:

The perceived importance of the jury and the [s. 11(f)] *Charter* right to a 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. [Emphasis added.]

[58] For these reasons, a problem with representativeness will violate s. 11(f) even if it is not so serious as to undermine impartiality. That said, if a problem with representativeness does undermine impartiality, it will violate both ss. 11(d) and 11(f).

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. 11(f), à un procès devant jury.

[56] Pour pouvoir agir à titre de « conscience de la collectivité » comme l’exige l’al. 11(f), le jury doit être représentatif. Pour l’application de l’al. 11(f), la représentativité a le même sens qu’à l’al. 11(d) : elle protège le droit de l’accusé à un processus adéquat de sélection des jurés.

[57] Bien que les deux dispositions donnent le même sens à la représentativité, le rôle élargi qu’elle joue dans l’application de l’al. 11(f) crée une différence importante : bien qu’un problème de représentativité n’emporte pas nécessairement violation de l’al. 11(d), on ne peut pas en dire autant de l’al. 11(f). Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l’al. 11(f), à un procès avec jury. Tel que l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Sherratt*, p. 525 :

L’importance perçue du jury et du droit, conféré par [l’al. 11(f) de] la *Charte*, à un procès avec jury n’est qu’il-lusoire 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. [Je souligne.]

[58] Pour ces raisons, un problème de représentativité viole l’al. 11(f) même s’il n’est pas grave au point de porter atteinte à l’impartialité. Cela dit, si un problème de ce genre porte atteinte à l’impartialité, il viole tant l’al. 11(d) que l’al. 11(f).

(3) The Legal Test for Representativeness(a) *The Appropriate Test Focuses on the Process Used to Compile the Jury Roll*

[59] Representativeness focuses on the adequacy of the jury selection process. It does not require the state to ensure that any particular perspective is represented on the jury roll, nor does it require the state to ensure that its source lists proportionately represent all groups that are eligible for jury duty. It follows that the test to determine whether the state has complied with its representativeness obligation focuses on the process used throughout jury selection as opposed to the ultimate composition of the jury roll.

[60] The Court of Appeal concluded that the test is whether the state made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to participate in the jury process. With respect, I would frame the test differently. Shining the spotlight on “distinctive perspectives” is problematic and, in my view, improperly focuses on *who* is being included instead of the *process* for their inclusion. Moreover, it raises thorny questions about what qualifies as a “distinctive perspective” and what characteristics require representation — questions that are not helpful when examining if the process was adequate.

[61] As a result, I would reframe the test as follows. To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will have been provided when the state makes 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

(3) Le critère juridique de la représentativitéa) *Le critère applicable met l'accent sur la procédure suivie pour dresser la liste des jurés*

[59] La représentativité est axée sur le caractère adéquat du processus de sélection des jurés. Elle n'oblige pas l'État à faire en sorte qu'un point de vue en particulier soit représenté sur la liste des jurés ni à garantir que ses listes brutes représentent de façon proportionnelle tous les groupes de personnes habiles à remplir les fonctions de juré. Ainsi, le critère permettant de déterminer si l'État a respecté son obligation de représentativité met davantage l'accent sur le processus utilisé tout au long de la sélection des jurés que sur la composition finale de la liste des jurés.

[60] La Cour d'appel a conclu que le critère consiste à savoir si l'État a déployé des efforts raisonnables pour donner à des groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Soit dit en tout respect, je formulerais le critère différemment. Il est problématique de braquer les projecteurs sur les « points de vue distincts » et, à mon avis, cela met à tort l'accent sur *l'identité des personnes* inscrites sur la liste plutôt que sur le *processus* ayant mené à leur sélection. De plus, cette approche soulève des questions épineuses quant à savoir ce qui constitue un « point de vue distinct » et quelles caractéristiques doivent être représentées, questions auxquelles il n'est pas utile de répondre au moment d'examiner si le processus était adéquat.

[61] Par conséquent, je reformulerais le critère en ces termes. Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie 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

selected. In other words, it is the act of casting a wide net that ensures representativeness. Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll.

[62] Before elaborating on the details of this constitutional requirement, I pause to address my colleague Cromwell J.'s critique of this standard. I should not be misunderstood. There is no question that an accused is entitled, under the *Charter*, to a representative jury. I take that as a given. In defining the state's obligation as I have, I am not proposing, as Cromwell J. suggests at para. 249, that an accused is entitled to merely "a 'fair opportunity' to have a representative jury". Nor am I implying that the province need only "make 'reasonable efforts' not to [breach an accused's *Charter* rights]" (para. 250). With respect, Cromwell J.'s criticism is based on our differing views of what representativeness means in Canadian law. Because I would focus on the process used to compile the jury roll, the state's efforts are necessarily important. The reason Cromwell J. concludes that they are not is because he would define representativeness in terms of the jury roll's ultimate composition.

[63] As for my colleague Karakatsanis J., I agree with her conclusion that it is the process that determines whether an accused's right to a representative jury has been respected. However, I do not accept her suggestion that the process can be measured against a standard of objective adequacy. Rather, it is the quality of the state's efforts that will determine if the process is adequate. As the record shows, the compilation of jury rolls is a complex exercise, and many of the factors bearing on the process are not within the state's control. For example, as I will discuss, Ontario was entirely dependent on cooperation from the First Nations in order to obtain adequate lists of their on-reserve residents. According to Karakatsanis J., if the province fails to obtain adequate lists — even if that failure is due to factors outside its control — there will be a violation of representativeness. I cannot

(2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Autrement dit, c'est le fait de ratisser large qui garantit la représentativité. Elle ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés.

[62] Avant d'exposer en détail cette exigence constitutionnelle, je m'arrête ici pour répondre à la critique formulée par mon collègue le juge Cromwell au sujet de cette norme. Comprenez-moi bien. Il ne fait aucun doute que l'accusé a droit, selon la *Charte*, à un jury représentatif. Je tiens cela pour acquis. En définissant comme je l'ai fait l'obligation de l'État, je ne dis pas, comme le suggère le juge Cromwell au par. 249, que l'accusé a uniquement droit à une « "possibilité honnête" d'avoir un jury représentatif ». Je ne sous-entends pas non plus que la province n'a qu'à faire des « efforts raisonnables » pour ne pas porter atteinte aux droits reconnus à l'accusé par la *Charte* (par. 250). Soit dit en tout respect, la critique du juge Cromwell tient à notre désaccord sur le sens de la représentativité en droit canadien. Puisque je mets l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, les efforts de l'État sont forcément importants. Le juge Cromwell conclut qu'ils ne le sont pas parce qu'il définit la représentativité en fonction de la composition finale de la liste des jurés.

[63] Quant à ma collègue la juge Karakatsanis, je fais mienne sa conclusion selon laquelle c'est le processus qui détermine si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Je n'accepte cependant pas sa proposition qu'il est possible de mesurer le processus en fonction d'une norme objective du caractère adéquat. C'est plutôt la qualité des efforts déployés par l'État qui détermine si le processus est adéquat. Comme l'indique le dossier, l'établissement des listes de jurés est un exercice complexe et bon nombre des facteurs ayant une incidence sur le processus sont indépendants de la volonté de l'État. Par exemple, comme je l'expliquerai, l'Ontario dépendait entièrement de la collaboration des Premières Nations afin d'obtenir des listes adéquates de leurs membres qui vivent dans des réserves. D'après la juge Karakatsanis, lorsque la province ne parvient

accept a test that would find a violation even when the province has taken reasonable steps to compile the jury roll using random selection from broad-based lists and to deliver the notices to those who have been randomly selected.

[64] Similarly, I cannot accept Cromwell J.'s suggestion that the state must actively encourage responses or that, to this end, the state is obliged to address the distressing history of estrangement and discrimination suffered by Aboriginal peoples. There are good reasons why the state's representativeness obligation does not rise to this level and only requires a fair opportunity for participation. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. Requiring the state to target a particular group for inclusion would be a radical departure from the way the Canadian jury selection process has always been understood.

[65] In coming to this conclusion, I am in no way suggesting that the state should not take action on this pressing social problem. However, an accused's representativeness right is not the appropriate vehicle for this task. This right is held by the accused, not by societal groups. And, because the focus of representativeness is on the process, not the results, the state's constitutional obligation is satisfied by providing a fair opportunity to participate — even if part of the population declines to do so.

[66] That said, if the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate the accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. It is self-evident that the state will not have made reasonable efforts if it deliberately excludes part of the population. Deliberate exclusion

pas à obtenir de listes adéquates — même si cet échec est imputable à des facteurs indépendants de sa volonté — il y a atteinte à la représentativité. Je ne saurais retenir un critère menant à la conclusion qu'il y a atteinte même dans les cas où la province a pris des mesures raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes issues d'un large échantillon et envoyer les avis aux personnes choisies au hasard.

[64] Dans le même ordre d'idées, je ne peux accepter la proposition du juge Cromwell que l'État doit inciter activement les gens à participer et qu'il est tenu, à cette fin, de remédier à la marginalisation et à la discrimination navrantes dont ont été victimes les peuples autochtones. Il y a de bonnes raisons pour lesquelles l'obligation de représentativité de l'État ne va pas jusque là et ne requiert qu'une possibilité honnête de participer. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Obliger l'État à cibler un groupe en particulier constituerait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue du processus de sélection des jurés au Canada.

[65] En arrivant à cette conclusion, je n'affirme aucunement que l'État ne devrait pas s'occuper de ce problème social urgent. Toutefois, le droit de l'accusé à la représentativité n'est pas le bon moyen d'accomplir cette tâche. Ce droit appartient à l'accusé, non à des groupes de la société. Et, comme la représentativité est axée sur le processus plutôt que sur les résultats, l'État respecte son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer, même si une partie de la population refuse de s'en prévaloir.

[66] Cela dit, si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Il va de soi que l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables s'il exclut délibérément une partie de la population. L'exclusion délibérée mine l'intégrité du

undermines the integrity of the justice system and cannot be tolerated. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether the accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. A failure to make reasonable efforts in respect of a small segment of the population will not undermine the overall representativeness of the jury roll because there is no right to proportionate representation. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

(b) *The Process for Raising a Challenge to the Representativeness of the Jury Roll*

[67] In my view, if an accused intends to challenge the representativeness of the jury roll, the appropriate time to do so is at the outset of the trial. It is a waste of judicial time and resources to conduct an entire trial only to have representativeness challenged after the fact. Although not an exact parallel, I note that this accords with the typical process for raising a challenge to a jury panel (also known as the array) under s. 629 of the *Criminal Code*. In raising a challenge to the jury roll, the accused should provide an evidentiary basis to show that the province has not met its constitutional obligation. Nevertheless, I recognize that new evidence pointing to serious concerns about the integrity of the jury roll process may on occasion arise in the course of or after the trial. In such cases, I do not foreclose the possibility that a challenge may still be raised: see *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.).

[68] The interveners Advocates' Society submits that, in all cases, the Crown should be required to provide pre-trial disclosure about the province's efforts to meet its representativeness obligation. With respect, I disagree. There will only be a basis to

système de justice et ne saurait être tolérée. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. L'absence d'efforts raisonnables à l'égard d'une petite couche de la population ne compromet pas la représentativité globale de la liste des jurés parce qu'il n'existe aucun droit à une représentation proportionnelle. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

b) *La marche à suivre pour contester la représentativité de la liste des jurés*

[67] À mon avis, si l'accusé a l'intention de contester la représentativité de la liste des jurés, il doit le faire au début du procès. Ne contester qu'après coup la représentativité à l'issue de tout un procès constitue un gaspillage du temps et des ressources du tribunal. Quoique le parallélisme ne soit pas parfait, je souligne que cette façon de faire est conforme à la procédure habituelle de récusation du tableau des jurés prévue à l'art. 629 du *Code criminel*. Lorsqu'il conteste la liste des jurés, l'accusé devrait fournir des éléments de preuve montrant que la province a manqué à son obligation constitutionnelle. Je reconnais néanmoins que de nouveaux éléments de preuve faisant état de graves préoccupations quant à l'intégrité de la procédure suivie pour dresser la liste des jurés peuvent parfois surgir pendant ou après le procès. Dans de tels cas, je n'écarter pas la possibilité de présenter une contestation : voir *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.).

[68] L'intervenante Advocates' Society fait valoir que le ministère public devrait être tenu dans tous les cas de fournir avant le procès de l'information sur les efforts déployés par la province pour respecter son obligation de représentativité. Avec égards,

order such disclosure if the trial judge is satisfied that there is an evidentiary foundation for the concern. Absent such foundation, a request for disclosure on this issue amounts to little more than a fishing expedition.

(c) *A Results-Based Test Must Be Rejected*

[69] With respect, I am unable to agree with the results-based test proposed by my colleague, Cromwell J. He would require that the group of individuals on the jury roll be “substantially similar” to a random selection of eligible jurors (paras. 246-47). In other words, he would afford an accused the right to a jury roll that is more or less proportionately representative of the population of eligible jurors in the relevant judicial district. In his view, the representativeness right is not concerned with either the process or with the state’s efforts: he indicates that such factors only become relevant when determining whether a breach of that right is attributable to the state.

[70] I cannot accept that an accused’s right to a representative jury entails an entitlement to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the preparation of the jury roll. Indeed, the recognition of such a right would be unprecedented in Canada. As I have explained, an accused has never been entitled to a jury roll of any particular composition, much less one that proportionately represents the broader population — and with good reason. Put simply, it would be unworkable and would spell the end of the jury system as we presently know it. More than a decade after the *Charter* was enacted, McLachlin J. (as she then was) described the problems that would flow from a requirement of proportionate representation. In her concurring reasons in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, she stated:

je ne suis pas de cet avis. Il ne sera justifié d’ordonner la communication de ces renseignements que si le juge du procès est convaincu que la préoccupation est fondée sur la preuve. Sans preuve à l’appui, une demande de communication sur ce point ne constitue guère plus qu’une recherche à l’aveuglette.

c) *Le critère fondé sur les résultats doit être rejeté*

[69] Avec égards, je ne peux souscrire au critère fondé sur les résultats que propose mon collègue le juge Cromwell. Il exigerait que le groupe de personnes figurant sur la liste des jurés « ressemble sensiblement » au résultat d’une sélection aléatoire de personnes habiles à être jurés (par. 246-247). Autrement dit, il conférerait à l’accusé le droit à une liste de jurés qui est plus ou moins proportionnellement représentative de l’ensemble des personnes habiles à être jurés dans le district judiciaire en question. Selon lui, le droit à la représentativité n’a trait ni au processus, ni aux efforts de l’État : il indique que ces facteurs ne sont utiles qu’au moment de déterminer si une atteinte à ce droit est imputable à l’État.

[70] Je ne saurais reconnaître que le droit de l’accusé à un jury représentatif emporte le droit à la représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection des jurés, notamment à celle de la confection de la liste des jurés. En effet, la reconnaissance d’un tel droit serait sans précédent au Canada. Comme je l’ai expliqué, l’accusé n’a jamais eu droit à une liste de jurés d’une composition précise, encore moins à une liste qui représente proportionnellement la population générale, et ce, pour de bonnes raisons. Ce droit serait tout simplement inapplicable et entraînerait la disparition du système de jury dans sa forme actuelle. Plus d’une décennie après l’adoption de la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décrit les problèmes qui découleraient d’une exigence de représentation proportionnelle. Voici ce qu’elle a écrit dans ses motifs concordants dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58 :

Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be “impartial, representative and competent”. I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

[71] I understand the Chief Justice to be saying that *proportionate representation* is not a constitutional imperative and would be impossible to achieve in practice. These comments are as valid today as they were 20 years ago. I see no reason for departing from them. My colleague attempts to distinguish *Biddle* on the basis that it dealt with the petit jury stage of jury selection. With respect, this distinction is irrelevant. As I have repeatedly pointed out, there is not a single case in which proportionate representation has been held to be a constitutional requirement at *any* stage of the jury selection process. The practical difficulties the Chief Justice exposed in *Biddle* apply with equal force to both the petit jury and the jury roll.

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être « impartial, représentatif et compétent ». J’admets que le jury doive être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

Exiger la représentativité d’un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l’instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l’affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue.

[71] Si j’ai bien compris les propos de la Juge en chef, la *représentation proportionnelle* n’est pas un impératif constitutionnel et constitue un objectif impossible à atteindre en pratique. Ces commentaires sont tout aussi valables aujourd’hui qu’ils l’étaient il y a 20 ans. Je ne vois aucune raison de m’en écarter. Mon collègue tente d’établir une distinction d’avec *Biddle* du fait que cette affaire portait sur l’étape de la sélection des jurés relative à la constitution du petit jury. Avec égards, cette distinction n’est pas pertinente. Comme je l’ai souligné à maintes reprises, il n’y a pas une seule décision dans laquelle le tribunal a conclu que la représentation proportionnelle était une exigence constitutionnelle à *quelque* étape *que ce soit* du processus de sélection des jurés. Les difficultés pratiques dont fait état la Juge en chef dans *Biddle* touchent autant le petit jury que la liste des jurés.

[72] Justice Cromwell recognizes the problem with defining representativeness broadly. At para. 227, he states:

... there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems.

[73] And yet, my colleague's approach gives rise to the very problems that he himself characterizes as insurmountable. The only way to determine if either the source lists or the ultimate jury roll is "substantially similar" to the broader population is to inquire into the personal characteristics and backgrounds of the individuals on both the source lists and the jury roll, and then compare them to the makeup of the larger population. My colleague recognizes that this would require the province to determine "who and what needs to be represented on the jury". But what would the focus be? Would it be race? Ethnicity? Religion? Age? Economic status? Sexual identity? How closely must the jury roll resemble the makeup of the population in a particular judicial district before it will be considered "substantially similar"? With respect, my colleague provides no answer to these questions.

[74] Inquiring into prospective jurors' identities would be a radical departure from the way jury selection has always been understood in Canada. Source lists typically do not reveal individuals' backgrounds. Nor do jury questionnaires ask individuals to reveal personal characteristics such as race, ethnicity, or religion. To the contrary, the jury selection process has long been based on the respect for juror privacy. Examining potential jurors' backgrounds at the jury roll stage would impermissibly undermine this principle.

[72] Le juge Cromwell reconnaît que définir la représentativité de façon générale pose problème. Au paragraphe 227, il affirme ce qui suit :

... d'interminables débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques [. . .] Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables.

[73] Et pourtant, l'approche de mon collègue est à l'origine des problèmes mêmes qu'il qualifie d'insurmontables. Pour déterminer si les listes brutes ou la liste définitive des jurés « ressemblent sensiblement » à la population générale, il faut nécessairement se renseigner sur les caractéristiques et les antécédents personnels des individus figurant tant sur les listes brutes que sur la liste des jurés, et les comparer ensuite à la composition de la population générale. Mon collègue reconnaît que cela obligerait la province à établir « qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques ». Mais sur quelle caractéristique mettrait-on l'accent? Serait-ce sur la race? L'origine ethnique? La religion? L'âge? La situation économique? L'identité sexuelle? À quel point la liste des jurés et la composition de la population d'un district judiciaire en particulier doivent-elles se ressembler pour être considérées « sensiblement [semblables] »? Avec égards, mon collègue ne répond pas à ces questions.

[74] Se renseigner sur l'identité des candidats jurés représenterait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue de la sélection des jurés au Canada. Habituellement, les listes brutes ne révèlent pas les antécédents des personnes qui y figurent. Dans les questionnaires, on ne demande pas non plus aux personnes de dévoiler leurs caractéristiques personnelles comme leur race, leur origine ethnique ou leur religion. Au contraire, le processus de sélection des jurés est fondé depuis longtemps sur le respect de la vie privée des jurés. Le fait d'examiner les antécédents des candidats jurés lorsque vient le temps de dresser la liste des jurés minerait ce principe de manière inacceptable.

[75] Furthermore, granting an accused the right to a proportionately representative jury roll, as my colleague does, would have a drastic impact on the conduct of criminal trials. Because representativeness is not concerned with securing individuals who share the accused's characteristics, it is irrelevant whether the accused is of the same background as the under-responsive group. If, as Cromwell J. suggests, the accused is entitled to a proportionately representative jury roll, defence counsel would presumably be permitted to access the source lists and the jury roll at the outset of every trial. He or she could then argue that the roll is unrepresentative if *any group's* rate of inclusion does not approximate its percentage of the broader population — assuming we could somehow solve the impenetrable problem of what groups we are talking about.

[76] The effect of this is two-fold. First, it would create a procedural quagmire at the outset of jury trials. Second, if a jury roll is found to be unrepresentative, it cannot be used for any trial — and each judicial district has only a single jury roll for a calendar year. Respectfully, adopting Cromwell J.'s expanded view of representativeness risks compromising, if not crippling, the ability to proceed with jury trials throughout the country.

[77] My colleague seeks to allay these concerns. He maintains that his results-based test will not turn the jury selection process on its head because the problem caused by s. 6(8) of the *Juries Act* is unique to Ontario. Section 6(8) makes the problem with the underrepresentation of on-reserve residents visible in Ontario; he would therefore place heightened obligations on that province.

[78] With respect, it is artificial to suggest that the impact of my colleague's test can be confined to the problem that the s. 6(8) process has revealed. There is likely underrepresentation of on-reserve residents in other provinces, although the problem may be

[75] De plus, conférer à l'accusé le droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, comme le fait mon collègue, aurait une incidence radicale sur le déroulement des procès criminels. Puisque la représentativité ne vise pas à garantir que des personnes ayant les mêmes caractéristiques que l'accusé figureront sur la liste des jurés, il est inutile de déterminer si l'accusé provient du même milieu que le groupe sous-représenté. Si, comme le suggère le juge Cromwell, l'accusé a droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, l'avocat de la défense serait vraisemblablement autorisé à consulter les listes brutes et la liste des jurés au début de chaque procès. Il pourrait ensuite prétendre que la liste n'est pas représentative si le taux de participation de *quelque groupe que ce soit* ne correspond pas à peu près à son pourcentage de la population générale — à supposer que nous puissions régler d'une quelconque façon la question insoluble de savoir de quel groupe il s'agit.

[76] Cette approche a un double effet. Premièrement, elle créerait un borbier procédural au début des procès devant jury. Deuxièmement, s'il s'avère qu'une liste de jurés n'est pas représentative, elle ne peut être utilisée pour aucun procès — et chaque district judiciaire ne possède qu'une seule liste de jurés pour une année civile. Soit dit en tout respect, si l'on adopte la conception élargie qu'a le juge Cromwell de la représentativité, cela risque de compromettre, voire d'anéantir, la capacité de tenir des procès devant jury partout au pays.

[77] Mon collègue cherche à dissiper ces craintes. Il soutient que son critère fondé sur les résultats ne bouleversera pas le processus de sélection des jurés parce que le problème posé par le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* est propre à l'Ontario. Le paragraphe 6(8) dévoile le problème de la sous-représentation des résidents des réserves en Ontario; le juge Cromwell est donc d'avis d'imposer des obligations accrues à cette province.

[78] Avec égards, il est factice de laisser entendre que le critère de mon collègue n'aura d'incidence que sur le problème mis au jour par le processus établi au par. 6(8). Les résidents des réserves dans d'autres provinces sont sans doute sous-représentés,

less visible. One need only consider the Iacobucci Report to realize this. Either representativeness means actual proportionate representation of the community or it does not. It cannot be the case that the *Charter* protects an accused's right to a jury that proportionately represents groups whose numbers on the jury roll are readily identifiable from available data, but provides little or no assurance of proportionality for groups whose numbers on the jury roll are not so apparent. I cannot agree with my colleague's assertion that his test can be confined to situations involving s. 6(8). In my view, it has much broader implications.

[79] My colleague takes a similar approach to the concern that his test will open the floodgates and give rise to regular and persistent challenges to the jury roll on the basis that it is not proportionately representative. He purports to overcome this concern by offering a simple solution. At paras. 228-29, he states:

These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. . . .

The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

[80] I have two comments about this.

[81] First, my colleague's solution is problematic. An accused who does not know that his constitutional right to a representative jury is being breached, and who has no meaningful way of finding out, is left in the unsatisfactory position of having a right without a remedy.

bien que ce problème soit peut-être moins apparent. On n'a qu'à étudier le rapport Iacobucci pour s'en rendre compte. Soit la représentativité s'entend de la représentation proportionnelle de la collectivité, soit elle n'a pas cette acception. Il est impossible que la *Charte* protège le droit de l'accusé à un jury qui représente proportionnellement des groupes dont le nombre de membres inscrits sur la liste des jurés peut être facilement établi à l'aide des données disponibles, mais n'assure guère ou pas du tout la représentation proportionnelle des groupes dont le nombre de membres figurant sur la liste des jurés n'est pas aussi évident. Je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue selon laquelle son critère peut être limité aux situations mettant en cause le par. 6(8). À mon sens, ce critère a des ramifications beaucoup plus larges.

[79] Mon collègue aborde de la même façon la crainte que son critère déclenchera un déluge et donnera lieu à des contestations périodiques et constantes de la liste des jurés au motif qu'elle n'est pas proportionnellement représentative. Il dit surmonter cette crainte en proposant une solution simple. Voici ce qu'il affirme aux par. 228-229 :

Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. . .

Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

[80] J'ai deux choses à dire à ce sujet.

[81] Tout d'abord, la solution proposée par mon collègue pose problème. L'accusé qui n'est pas au courant de l'atteinte à son droit constitutionnel à un jury représentatif et qui ne peut pas vraiment la découvrir se trouve dans la situation insatisfaisante de la personne qui jouit d'un droit tout en étant privée d'un recours pour le faire respecter.

[82] With respect, I find it incongruous to tell an accused in one breath that he has an important constitutional right and, in the next, render it virtually impossible for him to establish that the right has been infringed. My colleague's approach to jury representativeness rises and falls with the actual makeup of the jury roll: the characteristics of the individuals on the jury roll would determine whether the accused's right has been respected. And yet, the data that bears on this crucial question is information that the state cannot legitimately seek out without obliterating our long-held commitment to juror privacy — a principle that my colleague agrees should be maintained. Any test that contains such an inherent contradiction is one that should be rejected.

[83] Second, if my colleague's test were to prevail, I believe that trial judges would set a low bar for an accused to challenge the representativeness of a jury roll — and it would be far less difficult to meet the required threshold than my colleague suggests. And before long, the jury selection process would become a public inquiry into the historical and cultural wrongs and damaged relationships between particular societal groups and our criminal justice system and the failings of the state to take adequate steps to address them. In turn, this would make it virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country — and the administration of criminal justice would suffer a devastating blow.

[84] My colleague responds to this concern by noting that in *Williams*, this Court rejected “slippery slope” arguments that were advanced to oppose efforts to “guard against racism in jury selection” — and yet “the sky has not fallen” (para. 239). He contends that his proposal will have a similarly minor effect on jury trials. With respect, the comparison to *Williams* is flawed.

[85] Unlike my colleague's proposed test, *Williams* did not involve a significant change to the law governing the jury selection process. The issue in

[82] En toute déférence, il me paraît incongru de dire à l'accusé qu'il jouit d'un important droit constitutionnel et de l'empêcher pratiquement, du même souffle, d'établir qu'il y a eu atteinte à ce droit. La conception qu'a mon collègue de la représentativité du jury dépend de la composition de la liste des jurés : les caractéristiques des personnes inscrites sur la liste indiqueraient si le droit de l'accusé a été respecté. Or, les données qui se rapportent à cette question cruciale sont des renseignements que l'État ne peut légitimement chercher à obtenir sans effacer notre engagement de longue date envers la protection de la vie privée des jurés, un principe qui doit être maintenu, ce dont convient mon collègue. Tout critère qui comporte cette contradiction inhérente doit être rejeté.

[83] Ensuite, si l'on retenait le critère de mon collègue, je crois que le juge du procès fixerait une norme peu exigeante pour l'accusé qui conteste la représentativité d'une liste de jurés et il serait beaucoup plus facile d'atteindre le seuil applicable que l'affirme mon collègue. Et le processus de sélection des jurés deviendrait en peu de temps une enquête publique sur les torts culturels causés dans le passé, la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale ainsi que l'omission de l'État de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier à ces maux. Il serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays, et l'administration de la justice pénale en souffrirait énormément.

[84] Mon collègue répond à cette préoccupation en soulignant que dans *Williams*, la Cour a rejeté les arguments du « doigt dans l'engrenage » avancés à l'encontre des mesures visant à « contrer le racisme dans la sélection des jurés » et « le ciel ne nous est pas tombé sur la tête » pour autant (par. 239). Il soutient que sa proposition aura une incidence tout aussi mineure sur les procès devant jury. Soit dit en tout respect, la comparaison avec l'arrêt *Williams* est viciée.

[85] Contrairement au test proposé par mon collègue, l'arrêt *Williams* n'a pas entraîné une modification importante du droit applicable au processus

Williams was whether an accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause based on widespread racial bias against Aboriginal people amongst members of the community. The challenge for cause process is a long-standing feature of the Canadian jury selection process. *Williams* simply decided that a particular type of challenge was permissible within the existing challenge for cause framework. Thus, the issue in *Williams* was a narrow one, with limited potential to destabilize our jury system. It must be remembered that a challenge for cause typically involves asking prospective jurors a single question, to which a “yes” or “no” response is required. It does not entail an invasion of privacy or a departure from random selection, nor does it have a significant impact on the jury selection process.

[86] The same cannot be said of my colleague’s approach. To require a proportionately representative jury roll, as he does, would be unprecedented. As I have discussed at length, proportionate representation has never been a feature of our jury selection process. Adopting his suggestion would do away with other well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would have an inquisition into prospective jurors’ backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. This would entail a complete overhaul of our jury selection process. In short, he proposes a sea change in the law — one with far-reaching effects.

[87] Finally, I wish to address my colleague’s assertion that in expressing concerns about his proposed test, I am “oppos[ing] efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection” (para. 239). Nothing could be further from the truth. I firmly believe that the state should do as much as it can to overcome the systemic issues that

de sélection des jurés. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer si l’accusé devait être autorisé à demander la récusation motivée de candidats jurés sur le fondement de l’existence de préjugés raciaux largement répandus chez les membres de la collectivité contre les Autochtones. Le processus de récusation motivée est une caractéristique de longue date du processus canadien de sélection des jurés. La Cour a simplement décidé dans *Williams* qu’un type particulier de récusation était permis dans le cadre du régime existant de récusation motivée. En conséquence, la question soulevée dans *Williams* était une question étroite, peu susceptible de déstabiliser notre système de jury. Il faut se rappeler que la demande de récusation motivée consiste généralement à poser aux candidats jurés une seule question, à laquelle ils doivent répondre par « oui » ou par « non ». Elle n’entraîne pas d’atteinte à la vie privée ni de dérogation à la sélection aléatoire, et elle n’a pas non plus d’incidence importante sur le processus de sélection des jurés.

[86] On ne peut pas en dire autant de l’approche préconisée par mon collègue. Exiger comme il le fait une liste de jurés proportionnellement représentative serait sans précédent. Comme je l’ai expliqué en détail, la représentation proportionnelle n’a jamais constitué une caractéristique de notre processus de sélection des jurés. Adopter la solution qu’il propose reviendrait à écarter d’autres principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l’obligation pour l’État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Cela donnerait lieu à un remaniement complet de notre processus de sélection des jurés. En bref, il propose une modification radicale du droit — modification dont les effets auraient une grande portée.

[87] Enfin, je tiens à aborder l’affirmation de mon collègue selon laquelle, en exprimant des préoccupations à l’égard du critère qu’il propose, je « [m]’oppos[e] aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés » (par. 239). Rien ne saurait être plus loin de la vérité. Je crois fermement que

have led Aboriginal peoples to mistrust and decline to participate in our justice system. Hopefully that process of healing and reconciliation will occur in the foreseeable future.

[88] In the meantime, what are we to do about jury trials? Are we to force Aboriginal people to participate under threat of imprisonment? Are we to carve out special rules allowing Aboriginal people to volunteer for jury duty, and thereby destroy the concept of randomness that is vital to our jury selection process in criminal trials? Are we to say that an Aboriginal on-reserve resident from the District of Kenora facing charges in Toronto or a similar district with no Aboriginal on-reserve population should be entitled to a change of venue? Are we to say that such an individual cannot get a fair trial in Toronto? Are we to say that other marginalized groups that have similarly strong grievances with our justice system can only get a fair trial if the jury roll proportionately reflects their numbers in a given community? These concerns are real, and my colleague provides no answer to them. He states that there are “many obvious concrete and practical steps that could be taken” to address the problem of low response rates from Aboriginal on-reserve residents (para. 240). However, none of these suggestions address the concerns about his proportionate representation requirement that have been raised by myself and many others — including the current Chief Justice in her reasons in *Biddle*. With respect, the criticism that my colleague levels against me — that I am using “slippery slope” arguments as a means of opposing efforts to confront racism in the jury selection process — is both unfair and unwarranted.

l’État doit faire tout ce qu’il peut pour surmonter les problèmes systémiques qui ont amené les Autochtones à se méfier de notre système de justice et à refuser d’y participer. Ce processus de guérison et de réconciliation s’opérera, espérons-le, dans un avenir prévisible.

[88] Entre-temps, que doit-on faire à propos des procès devant jury? Devons-nous forcer les Autochtones à y participer, sous peine d’emprisonnement? Nous faut-il établir des règles spéciales qui leur permettent de se porter volontaires pour agir comme jurés et abolir par le fait même le principe de la sélection aléatoire, principe essentiel à notre processus de sélection des jurés dans les procès criminels? Faut-il en conclure que le résident autochtone d’une réserve du district de Kenora qui fait l’objet d’accusations à Toronto ou dans un district semblable — où il n’y a pas d’Autochtones vivant dans des réserves — devrait avoir droit à un changement du lieu du procès? Est-ce à dire qu’une telle personne ne peut bénéficier d’un procès équitable à Toronto? Devons-nous en conclure que d’autres groupes marginalisés ayant des griefs tout aussi solides à l’encontre de notre système de justice ne peuvent bénéficier d’un procès équitable que si la liste des jurés est proportionnellement représentative du nombre de membres de ces groupes dans une collectivité donnée? Ces préoccupations sont réelles, et mon collègue n’y répond aucunement. Selon lui, « [i]l existe de nombreux moyens évidents de s’attaquer concrètement » au problème du faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves (par. 240). Cependant, aucune de ces suggestions ne répond aux préoccupations relatives à l’exigence de représentation proportionnelle qu’il propose, préoccupations que moi-même et bien d’autres avons exprimées, notamment la juge en chef actuelle dans les motifs qu’elle a rédigés dans *Biddle*. Avec égards, la critique de mon collègue à mon endroit — selon laquelle je me sers des arguments du « doigt dans l’engrenage » pour m’opposer aux efforts visant à contrer le racisme dans le processus de sélection des jurés — est à la fois injuste et non fondée.

(d) A “Functional Approach” Must Be Rejected

[89] My colleague Karakatsanis J. concludes that representativeness describes “the functioning of the jury as an institution” (para. 151) and that an accused’s right to a representative jury will be violated only when “society would no longer accept that a jury chosen from [the jury roll] could legitimately act on its behalf” (para. 161). She explains that this will occur where an accused can establish the “[i]ntentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll” (para. 173). Alternatively, she states that “[s]ubstantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society” (*ibid.*).

[90] With respect, I have two concerns with this approach.

[91] First, the test my colleague proposes is amorphous and will prove difficult, if not impossible, to apply. It uses vague language, and provides little or no guidance to trial judges. Absent guidance, we are left to ask: When will society no longer accept that a jury chosen from a particular roll could legitimately act on its behalf?

[92] Second, under the guise of broadening the test for representativeness and the state’s attendant constitutional obligations, my colleague proposes a test that would hold the state accountable for factors outside of its control. Under her test, the state will not have met its constitutional obligation if a group comprising a significant portion of a judicial district’s population refuses to participate in the jury process — even if the state has made reasonable efforts to provide that group with a fair opportunity to do so. With respect, I cannot accept such a test.

d) *Il faut rejeter l’« interprétation fonctionnelle »*

[89] Ma collègue la juge Karakatsanis conclut que la représentativité décrit « le fonctionnement du jury en tant qu’institution » (par. 151) et qu’il y a violation du droit de l’accusé à un jury représentatif uniquement lorsque « la société n’admettrait plus qu’un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom » (par. 161). Selon elle, c’est ce qui arrive lorsque l’accusé peut établir l’« exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés » (par. 173). Subsidièrement, elle affirme qu’une « exclusion importante, bien qu’involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière » (*ibid.*).

[90] En toute déférence, cette approche me préoccupe à deux égards.

[91] Premièrement, le critère que propose ma collègue est flou et il s’avérera difficile, voire impossible, à appliquer. Il emploie des termes vagues et ne donne que peu ou pas d’indications aux juges de première instance. En l’absence d’indications, il faut se poser la question suivante : à quel moment la société n’admettra-t-elle plus qu’un jury constitué à partir d’une liste donnée puisse légitimement agir en son nom?

[92] Deuxièmement, sous prétexte d’élargir le critère de la représentativité et les obligations constitutionnelles de l’État qui s’y rattachent, ma collègue propose un critère qui tient l’État responsable de facteurs indépendants de sa volonté. Suivant ce critère, l’État ne respecte pas son obligation constitutionnelle si un groupe qui représente une portion importante de la population d’un district judiciaire refuse de participer au processus de sélection des jurés, même si l’État a déployé des efforts raisonnables pour donner à ce groupe une possibilité honnête d’y prendre part. Soit dit en tout respect, je ne peux accepter un tel critère.

B. *Did Ontario Meet Its Representativeness Obligation in This Case?*

[93] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred in three respects in concluding that Ontario failed to make reasonable efforts. I will discuss each in turn. These three errors of law were central to the majority's reasoning process and undermine their conclusions. Properly analyzed, while not perfect, Ontario's efforts were reasonable.

(1) The Legal Errors in the Majority's Reasons

(a) *The Legal Test*

[94] The principal error in the majority's approach was its reliance on a test that imposed too high a standard. Both *LaForme* and *Goudge J.J.A.* required Ontario to go beyond making reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of the population, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. Rather, they applied a standard that obliged Ontario to actively encourage responses from Aboriginal on-reserve residents by investigating and addressing other causes of the low response rates.

[95] The high standard applied by the majority flowed from their incorrect definition of representativeness. Both judges defined representativeness in relation to the ultimate makeup of the jury roll as opposed to the process used to compile it. Because they defined representativeness in relation to the makeup of the jury roll, the majority concluded that increased efforts were required in the face of low response rates and found that, without such efforts, the jury roll would be unrepresentative. This conclusion does not necessarily follow. To the extent the low rate of return was caused by problems with the source lists or delivery, Ontario was obliged to make reasonable efforts to address the problem. Such

B. *L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?*

[93] Soit dit en tout respect, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis trois erreurs en concluant que l'Ontario n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. J'analyserai chacune de ces erreurs à tour de rôle. Ces trois erreurs de droit étaient au cœur du raisonnement des juges majoritaires et minaient leurs conclusions. Il appert d'une analyse adéquate que les efforts de l'Ontario, à défaut d'être parfaits, étaient raisonnables.

(1) Les erreurs de droit relevées dans les motifs des juges majoritaires

a) *Le critère juridique*

[94] La principale erreur que les juges majoritaires ont commise dans leur approche était de s'être fondés sur un critère qui imposait une norme trop élevée. Les juges *LaForme* et *Goudge* ont tous deux exigé de l'Ontario qu'il fasse davantage que de déployer 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 population et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Ils ont plutôt appliqué une norme qui obligeait l'Ontario à encourager activement la participation des résidents autochtones des réserves en étudiant les autres causes du faible taux de réponse et en s'y attaquant.

[95] Les juges majoritaires ont appliqué une norme élevée parce qu'ils avaient mal défini la représentativité. Ils l'ont tous deux définie par rapport à la composition finale de la liste des jurés plutôt qu'au processus utilisé pour l'établir. Comme ils ont défini la représentativité en fonction de la composition de la liste des jurés, les juges majoritaires ont conclu qu'il fallait redoubler d'efforts vu le faible taux de réponse et que, sans de tels efforts, la liste des jurés ne serait pas représentative. Ce n'est pas la conclusion qu'il faut nécessairement tirer. Dans la mesure où le faible taux de réponse était attribuable aux failles des listes brutes ou de la distribution, l'Ontario devait déployer des efforts

problems are part of the process, and are therefore part of Ontario's obligation to provide a fair opportunity. However, Ontario was not required to address any and all causes of the low response rates. It was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. With respect, the majority erred in concluding that Ontario was required to do so.

[96] Moreover, the majority improperly held that Ontario had an obligation to actively encourage responses in order to overcome the low response rates. Ontario's failure to do so was one of the crucial factors underpinning the majority's conclusion that Ontario "ignored" the problem and failed to make reasonable efforts. However, Ontario was not obliged to encourage responses. Its constitutional obligation was satisfied by providing a fair opportunity to participate.

(b) *The Honour of the Crown and Gladue Principles*

[97] The majority also erred by holding that the analysis of Ontario's efforts must be informed by both the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system, as discussed in *Gladue*, and the honour of the Crown. There are two reasons why these considerations should not have been taken into account.

[98] First, the honour of the Crown and *Gladue* principles should not have been considered because neither is relevant to the state's obligation to make reasonable efforts to compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society and deliver jury notices to those who have been randomly selected.

raisonnables pour résoudre le problème. Ces failles font partie du processus et s'inscrivent donc dans l'obligation de l'Ontario de donner une possibilité honnête. Cependant, l'Ontario n'était pas tenu de s'attaquer à toutes les causes du faible taux de réponse. Il n'était pas non plus obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Avec égards, les juges majoritaires ont conclu à tort que l'Ontario devait agir ainsi.

[96] En outre, les juges majoritaires ont décidé irrégulièrement que l'Ontario avait l'obligation d'encourager activement les gens à répondre afin de remédier au faible taux de réponse. L'omission de l'Ontario de le faire était l'un des facteurs cruciaux sous-tendant la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'Ontario avait [TRADUCTION] « négligé » le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. Il n'était cependant pas tenu d'encourager la participation. Il a respecté son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer.

b) *L'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans Gladue*

[97] Les juges majoritaires ont aussi fait erreur en concluant que l'analyse des efforts de l'Ontario devait tenir compte à la fois de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale, thème dont il est question dans l'arrêt *Gladue*, et de l'honneur de la Couronne. Il existe deux raisons pour lesquelles ces considérations n'auraient pas dû être prises en compte.

[98] Premièrement, l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue* n'auraient pas dû être pris en considération parce qu'ils n'ont aucun lien avec l'obligation de l'État de déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard.

[99] Second, the majority incorrectly held that the honour of the Crown was engaged simply because s. 6(8) of the *Juries Act* calls on the government to treat Aboriginal on-reserve residents differently for the purposes of jury selection. While it is true that s. 6(8) deals specifically with Aboriginal on-reserve residents, at bottom, it is an administrative provision. The typical process for compiling jury rolls under s. 6(2) of the *Juries Act* relies on lists that do not capture on-reserve residents. Section 6(8) therefore provides a mechanism for including individuals residing on reserves. It does not create a particular obligation to Aboriginal peoples, nor does it create a need for consultation between the Crown and Aboriginal groups. In these circumstances, the honour of the Crown is not engaged. As this Court emphasized in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 72, not all interactions between the Crown and Aboriginal peoples engage the honour of the Crown:

... the obligation must be explicitly owed to an Aboriginal group. The honour of the Crown will not be engaged by a constitutional obligation in which Aboriginal peoples simply have a strong interest. Nor will it be engaged by a constitutional obligation owed to a group partially composed of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples are part of Canada, and they do not have special status with respect to constitutional obligations owed to Canadians as a whole. But a constitutional obligation explicitly directed at an Aboriginal group invokes its “special relationship” with the Crown ... [Citation omitted.]

[100] Given that s. 6(8) is an administrative provision governing the creation of the jury roll, it does not meet this criterion. While s. 6(8) is one of the vehicles through which the state fulfils its constitutional obligations under s. 11 of the *Charter*, it is not itself a constitutional obligation. Moreover, s. 11 rights are held by everyone, not merely by Aboriginal peoples. Section 6(8) therefore does not engage

[99] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu à tort que l’honneur de la Couronne était engagé du simple fait que le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* oblige le gouvernement à traiter différemment les Autochtones qui vivent dans une réserve pour les besoins de la sélection des jurés. Certes, le par. 6(8) porte expressément sur ces Autochtones, mais il s’agit au fond d’une disposition administrative. La procédure régulière de confection des listes de jurés en application du par. 6(2) de la *Loi sur les jurys* s’exécute au moyen de listes où ne figurent pas les résidents des réserves. Le paragraphe 6(8) prévoit donc un mécanisme pour les inclure. Il ne crée pas une obligation particulière envers les peuples autochtones ni un besoin de consultation entre la Couronne et les groupes autochtones. Dans ces circonstances, l’honneur de la Couronne n’est pas engagé. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 72, l’honneur de la Couronne n’entre pas en jeu dans toutes les interactions entre la Couronne et les peuples autochtones :

... il doit être explicite que le créancier de l’obligation est un groupe autochtone. L’honneur de la Couronne ne saurait être engagé par une obligation constitutionnelle ayant simplement une grande importance pour les peuples autochtones. Il ne saurait non plus être engagé par une obligation constitutionnelle de la Couronne à l’égard d’un groupe composé partiellement d’Autochtones. Les Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d’un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l’égard de l’ensemble des Canadiens. Cependant, l’obligation constitutionnelle qui vise explicitement un groupe autochtone s’appuie sur la « relation spéciale » de ce groupe avec la Couronne ... [Référence omise.]

[100] Vu que le par. 6(8) est une disposition administrative régissant la création de la liste des jurés, il ne répond pas à ce critère. Bien que ce paragraphe soit l’un des moyens par lesquels l’État s’acquitte des obligations constitutionnelles que lui impose l’art. 11 de la *Charte*, il n’est pas une obligation constitutionnelle en soi. De plus, les droits garantis par l’art. 11 appartiennent à tous et pas seulement

the honour of the Crown, and the majority erred by using this doctrine to inform its analysis.

[101] By relying on the honour of the Crown and *Gladue* principles, the majority transformed the accused's s. 11 *Charter* rights into a vehicle for repairing the long-standing rupture between Aboriginal groups and Canada's justice system. In doing so, it raised the bar Ontario was obliged to meet to satisfy its representativeness obligation.

[102] This higher standard led the majority to conclude that Ontario was required to engage with First Nations on a government-to-government basis to address the low response rates. It therefore held that Ontario failed to live up to its obligation because it delegated its s. 6(8) duties in the District of Kenora to Ms. Loohuizen. This finding was incorrect. Given that the honour of the Crown was not applicable, there was nothing inappropriate about delegating these duties. In fact, the *Juries Act* explicitly contemplates a local "sheriff" carrying them out.

(c) *The Iacobucci Report*

[103] The majority's third error was its use of hindsight reasoning based on the Iacobucci Report. At the relevant time, it was widely believed that the low response rates were caused by difficulties obtaining accurate lists. This belief endured long after the 2008 jury roll was compiled: see, e.g., *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, at paras. 68-69. As Rouleau J.A. noted, the parties' arguments before the Court of Appeal indicated that they also viewed the lists as the principal cause of the low response rates.

[104] The Iacobucci Report was released while the Court of Appeal had this appeal under reserve.

aux Autochtones. Le paragraphe 6(8) n'engage donc pas l'honneur de la Couronne et les juges majoritaires ont commis une erreur en utilisant cette règle de droit pour guider leur analyse.

[101] En se fondant sur l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue*, les juges majoritaires ont transformé les droits reconnus à l'accusé par l'art. 11 de la *Charte* en un moyen de combler le fossé de longue date entre les groupes autochtones et le système de justice canadien. Ce faisant, ils ont haussé la norme à laquelle devait répondre l'Ontario pour s'acquitter de son obligation de représentativité.

[102] Cette norme plus élevée a amené les juges majoritaires à conclure que l'Ontario devait transiger avec les Premières Nations dans une relation de gouvernement à gouvernement pour s'attaquer au faible taux de réponse. Ils ont donc jugé que l'Ontario ne s'était pas acquitté de son obligation parce qu'il avait délégué à M^{me} Loohuizen les responsabilités qu'il devait assumer dans le district de Kenora aux termes du par. 6(8). Cette conclusion était erronée. Puisque l'honneur de la Couronne n'entraînait pas en jeu, la délégation de ces responsabilités n'avait rien d'inapproprié. En fait, la *Loi sur les jurys* prévoit explicitement l'exercice de ces responsabilités par le « shérif » local.

c) *Le rapport Iacobucci*

[103] La troisième erreur que les juges majoritaires ont commise a été de faire un examen rétrospectif fondé sur le rapport Iacobucci. À l'époque en cause, on croyait généralement que le faible taux de réponse était imputable aux difficultés à obtenir des listes à jour. Cette croyance a perduré bien après l'établissement de la liste des jurés de 2008 : voir, p. ex., *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, par. 68-69. Comme l'a fait remarquer le juge Rouleau, il appert des arguments présentés par les parties devant la Cour d'appel qu'elles considéraient également les listes comme la principale cause du faible taux de réponse.

[104] Le rapport Iacobucci a été rendu public après que la Cour d'appel eut pris la présente affaire

Only after the report was released did it become apparent that the cause of the low response rates was highly complex:

... an examination of that problem [the underrepresentation of individuals living on reserves on Ontario's jury rolls] leads inexorably to a set of broader and systemic issues that are at the heart of the current dysfunctional relationship between Ontario's justice system and Aboriginal peoples in this province. It is these broad problems that must be tackled if we are to make any significant progress in dealing with the underrepresentation of First Nations individuals on juries. [para. 15]

[105] The majority relied on these findings to inform its analysis. This was problematic for two reasons. First, in doing so, it did not analyze Ontario's actions in light of what was understood at the time. Second, even if the conclusions of the Iacobucci Report had been known at the time, Ontario's representativeness obligation would not have required it to address the systemic issues revealed by the report.

(2) Ontario's Efforts Were Reasonable

[106] Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, Ontario's efforts were reasonable. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. I will assess Ontario's efforts against these three markers.

(a) *The Lists*

[107] Two of the judges at the Court of Appeal — Goudge and Rouleau JJ.A. — concluded that Ontario's efforts to address the outdated lists were reasonable. I agree. Although the lists were imperfect, Ontario made reasonable efforts to use updated lists of on-reserve residents. Ms. Loohuizen's attempts to obtain updated lists were persistent and demonstrated a sincere effort to include on-reserve residents.

en délibéré. Ce n'est qu'après la publication du rapport qu'il est devenu évident que la cause du faible taux de réponse était très complexe :

L'examen de ce problème [la sous-représentation en Ontario, sur les listes des jurés, des personnes qui vivent dans des réserves] soulève toutefois inévitablement une série de questions plus vastes, systémiques, qui sont au cœur même des présentes relations dysfonctionnelles entre le système judiciaire ontarien et les Autochtones de cette province. Ce sont ces questions de fond auxquelles nous devons trouver une réponse si nous voulons réellement améliorer la représentation des membres des Premières Nations au sein des jurys. [par. 15]

[105] Les juges majoritaires se sont fondés sur ces conclusions pour guider leur analyse. Cela posait problème pour deux raisons. Tout d'abord, ce faisant, ils n'ont pas analysé les mesures prises par l'Ontario à la lumière de ce que l'on savait à l'époque. Ensuite, même si les conclusions du rapport Iacobucci avaient été connues à l'époque, l'obligation de représentativité de l'Ontario n'aurait pas exigé de lui qu'il s'attaque aux problèmes systémiques dévoilés par le rapport.

(2) Les efforts de l'Ontario étaient raisonnables

[106] Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les efforts de l'Ontario étaient raisonnables. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Je vais évaluer les efforts de l'Ontario par rapport à ces trois balises.

a) *Les listes*

[107] Deux des juges de la Cour d'appel — les juges Goudge et Rouleau — ont conclu que les efforts déployés par l'Ontario pour résoudre le problème des listes désuètes étaient raisonnables. Je partage leur opinion. Les listes étaient imparfaites, mais l'Ontario a fait des efforts raisonnables pour utiliser des listes à jour des résidents des réserves. Madame Loohuizen a tenté sans relâche d'obtenir des listes à jour et s'est sincèrement efforcée d'inclure ces résidents.

[108] In 2001, Ms. Loohuizen assumed responsibility for the entire cycle of jury selection and requested updated lists from the 42 reserves for which she had INAC lists from the year 2000. In addition to contacting the chiefs, she also contacted the director of Nishnawbe-Aski Legal Services and, on two occasions, attempted to enlist the help of the Deputy Grand Chief of the Nishnawbe Aski Nation. Thus, even at this early stage, she was exploring various avenues for obtaining lists. However, these efforts were unsuccessful and no new lists were obtained.

[109] Although she did not send another request for lists until 2006, this in itself is not objectionable. It must be remembered that the MPAC lists used for off-reserve residents are only updated every three years. Significantly, in the intervening period, Ms. Loohuizen's efforts to address the problem did not stop. In 2004, she conducted a brainstorming session with Stach J., Justice of the Peace Morrison (an Aboriginal Elder), and two of her superiors in the CSD. The session explored, among other things, ways to obtain better lists. After the meeting, Ms. Loohuizen reached out to Justice of the Peace Morrison to ask for his assistance in contacting the Treaty 3 and Treaty 9 communities in the District of Kenora, but received no response.

[110] When she attempted to obtain updated lists in 2006, Ms. Loohuizen contacted the reserves by fax. If she had difficulty reaching reserves in this manner, she attempted to contact the reserves by letter instead. She obtained four updated lists in response to these attempts. As well, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased 42 percent beyond their proportionate share in an attempt to offset the problems with the lists. These efforts show a meaningful attempt to obtain updated lists and to provide a fair opportunity for the participation of Aboriginal on-reserve residents.

[111] In 2007 (during preparations for the 2008 jury roll), the PJC calculated the Aboriginal on-reserve response rate for the first time since 1993.

[108] En 2001, M^{me} Loohuizen s'est occupée de tout le processus de sélection des jurés et a demandé des listes à jour aux 42 réserves pour lesquelles elle détenait des listes d'AINC remontant à l'année 2000. Elle a communiqué non seulement avec les chefs, mais aussi avec le directeur des Services juridiques de la Nation Nishnawbe Aski et, deux fois, elle a demandé l'aide du grand chef adjoint de cette nation. Par conséquent, même à ce stade précoce, elle examinait différents moyens d'obtenir les listes. Cependant, ces efforts se sont avérés vains et aucune nouvelle liste n'a été obtenue.

[109] Madame Loohuizen n'a pas envoyé d'autre demande de listes avant 2006, mais cela n'est pas en soi inacceptable. Il faut se rappeler que les listes de la SEFM utilisées pour les résidents hors réserve sont mises à jour seulement tous les trois ans. Fait important, M^{me} Loohuizen n'a pas cessé entre-temps de s'attaquer au problème. En 2004, elle a tenu une séance de remue-méninges avec le juge Stach, le juge de paix Morrison (un aîné autochtone) et deux de ses supérieurs à la DST. Durant la séance, ils ont étudié, entre autres, des moyens d'obtenir de meilleures listes. Après la réunion, M^{me} Loohuizen a demandé au juge de paix Morrison de l'aider à entrer en contact avec les collectivités visées par les traités n^{os} 3 et 9 dans le district de Kenora, mais elle n'a reçu aucune réponse de sa part.

[110] Lorsqu'elle a tenté d'obtenir des listes à jour en 2006, M^{me} Loohuizen a transmis aux réserves une lettre par télécopieur. Si elle avait de la difficulté à communiquer avec elles de cette manière, elle essayait alors de leur envoyer une lettre par courrier. Elle a obtenu quatre listes à jour en réponse à ces démarches. De plus, on a envoyé aux résidents des réserves 42 p. 100 plus de questionnaires que leur proportion de la population générale dans le but de compenser les failles des listes. Ces efforts témoignent d'une véritable volonté d'obtenir des listes à jour et de donner aux Autochtones résidant dans les réserves une possibilité honnête de participer.

[111] En 2007 (pendant l'établissement de la liste des jurés de 2008), le CPSJ a calculé, pour la première fois depuis 1993, le taux de réponse des

The 1993 response rate had been 33 percent; the new statistics showed that the response rate had fallen to 10.7 percent. When Ms. Loohuizen was informed of the results, she raised the problem with both Stach J. and her superiors in the CSD, and she increased her efforts to obtain updated lists. In addition to contacting the 43 reserves to which she had sent requests in the previous year, she visited 15 remote reserves to meet with band leadership to discuss the jury process, the province's desire to include more Aboriginal people on jury rolls, and the difficulties obtaining updated band lists. She received eight new band lists in response to these efforts. Despite follow-up letters and phone calls to the other seven reserves, no lists were obtained from those communities.

[112] Ms. Loohuizen also attempted to arrange meetings with the chiefs of four reserves that were close to the city of Kenora, and successfully met with two of them. In addition, she tried to arrange in-person meetings or phone calls with 10 other reserves to discuss the jury issue. These efforts did not result in any updated lists. Again, she followed up with these reserves by sending letters and making phone calls to attempt to secure updated lists. With respect to one reserve alone, she made five follow-up phone calls. This can hardly be described as a situation like *Nahdee*, in which the state simply accepted non-response from the reserves. Rather, Ms. Loohuizen's efforts were both diligent and persistent. Furthermore, to compensate for the problems with the outdated lists, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased by almost 50 percent.

[113] Taken together, these efforts were a reasonable approach to the problems with the lists. Yet despite these steps, the respondent argues that the flaws with the lists rendered Ontario's efforts unsatisfactory. With respect, I do not accept this argument.

Autochtones vivant dans les réserves. En 1993, le taux de réponse était de 33 p. 100; les nouvelles données ont révélé que le taux de réponse avait chuté à 10,7 p. 100. Quand M^{me} Loohuizen a été informée des résultats, elle a signalé le problème au juge Stach et à ses supérieurs à la DST, et a redoublé d'efforts pour obtenir des listes à jour. En plus de communiquer avec les 43 réserves auxquelles elle avait envoyé des demandes l'année précédente, elle a visité 15 réserves éloignées pour rencontrer les dirigeants des bandes et discuter du processus de sélection des jurés, du désir de la province d'inscrire davantage d'Autochtones sur les listes de jurés et des difficultés à obtenir des listes de bandes à jour. Elle a reçu huit nouvelles listes de bandes à la suite de ces efforts. Bien qu'elle ait envoyé des lettres de suivi aux sept autres réserves et qu'elle les ait appelées, elle n'a reçu aucune liste de leur part.

[112] Madame Loohuizen a aussi essayé d'organiser des rencontres avec les chefs de quatre réserves situées à proximité de la ville de Kenora et deux d'entre eux ont accepté de la rencontrer. De plus, elle a tenté d'organiser des rencontres en personne ou des appels téléphoniques avec les représentants de 10 autres réserves pour discuter de la question des jurés. Madame Loohuizen n'a obtenu aucune liste à jour par suite de ces efforts. Encore une fois, elle a effectué un suivi auprès de ces réserves en leur envoyant des lettres et en les appelant dans le but de recueillir des listes à jour. Elle a fait cinq appels de suivi à l'égard d'une seule réserve. Cette situation ne peut guère être comparée à celle qui prévalait dans l'affaire *Nahdee*, où l'État a simplement accepté l'absence de réponse des réserves. Madame Loohuizen a plutôt essayé avec diligence et persistance d'obtenir des listes. Qui plus est, on a envoyé presque 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves pour compenser les failles des listes désuètes.

[113] Ensemble, ces efforts constituaient une façon raisonnable de traiter les failles des listes. Or, malgré les mesures prises, l'intimé prétend que les lacunes des listes rendaient insatisfaisants les efforts de l'Ontario. Avec égards, je ne peux me rendre à cet argument.

[114] First and most importantly, Ontario's constitutional obligation does not depend on obtaining perfect lists. The focus is on the efforts to provide an opportunity for participation. As the evidence shows, Ms. Loohuizen's efforts showed a real awareness of the problem. She did the best she could with the lists she received and made ongoing and escalating efforts over the years to obtain better source lists.

[115] In addition, the respondent overstates the significance of the confusion about the boundaries of the judicial district. Ms. Loohuizen had no lists for four reserves because she was unaware that they fell within the District of Kenora. This was evidently a problem. Ontario should have provided better training so that the reserves in the district could be properly identified. However, this oversight affected a relatively small proportion of the reserves. Meaningful efforts were made to include 42 of the 46 reserves. I cannot say that the absence of lists for four reserves was serious enough to create a breach of Ontario's representativeness obligations.

[116] Finally, I take issue with Cromwell J.'s suggestion that the province is constitutionally required to succeed — as opposed to make reasonable efforts — in obtaining accurate source lists. I do not accept his conclusion that compiling the source lists is “quintessentially a state function” and that reasonable efforts by the province therefore cannot save any deficiencies (para. 266). Respectfully, this suggestion rests on a misunderstanding of what the province can and cannot control.

[117] As the record indicates, although Ontario had a great deal of responsibility for the lists, it could only obtain lists of on-reserve residents from the reserves themselves. It had no independent access to this information. Regardless of Ontario's efforts, if the reserves refused to provide source lists for s. 6(8) purposes, the province had no other way of obtaining them. Laying any and all deficiencies at the province's feet paints an inaccurate picture.

[114] Premièrement — et c'est la raison la plus importante —, l'Ontario n'a pas à obtenir de listes parfaites pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle. Ce qui importe, ce sont les efforts déployés pour donner la possibilité de participer. Tel que le révèle la preuve, M^{me} Loohuizen a démontré par ses efforts qu'elle connaissait réellement le problème. Elle a fait de son mieux avec les listes reçues et a sans cesse redoublé d'efforts au fil des ans pour obtenir de meilleures listes brutes.

[115] En outre, l'intimé exagère l'importance de la confusion entourant les limites du district judiciaire. Madame Loohuizen ne disposait d'aucune liste pour quatre réserves parce qu'elle ignorait que celles-ci faisaient partie du district de Kenora. Cela posait manifestement problème. L'Ontario aurait dû offrir une meilleure formation pour que les réserves situées dans ce district puissent être correctement identifiées. Par contre, cette erreur a touché une proportion relativement faible des réserves. De véritables efforts ont été déployés pour inclure 42 des 46 réserves. Je ne peux affirmer que l'absence de listes pour quatre réserves était suffisamment grave pour constituer un manquement à l'obligation de représentativité de l'Ontario.

[116] Enfin, je suis en désaccord avec la suggestion de mon collègue le juge Cromwell que la Constitution oblige la province à réussir à obtenir des listes brutes exactes, plutôt qu'à simplement déployer des efforts raisonnables à cette fin. Je n'accepte pas sa conclusion que la compilation des listes brutes est « ressortie essentiellement à l'État » et que les efforts raisonnables déployés par la province ne peuvent donc pas sauvegarder une lacune (par. 266). Soit dit en tout respect, cette suggestion tient à une méprise sur ce que la province peut et ne peut maîtriser.

[117] Comme l'indique le dossier, l'Ontario assumait une grande responsabilité à l'égard des listes, mais il ne pouvait obtenir des listes de résidents des réserves que des réserves elles-mêmes. Il ne pouvait pas recueillir lui-même ces renseignements. Peu importe les efforts déployés par l'Ontario, cette province n'avait aucun autre moyen d'obtenir les listes brutes si les réserves refusaient de les lui fournir pour l'application du par. 6(8). Imputer toutes ces

As I have explained, the compilation of source lists is not something over which Ontario had complete control. For that reason, I am of the view that the appropriate test must focus on the state's efforts, not on whether it succeeded in obtaining updated lists.

[118] In sum, Ontario's efforts to obtain updated lists were reasonable. I am therefore satisfied that Ontario met its representativeness obligation in this regard. This accords with the findings of both Goudge and Rouleau J.J.A.

(b) *The Delivery*

[119] At the Court of Appeal, only Goudge J.A. treated delivery as a separate consideration from the lists. In my view, the evidence renders it virtually impossible to do so. The evidence about mail delivery on reserves indicates that the likelihood of notices reaching the intended recipients was directly linked to the accuracy of the lists. The outdated lists increased the likelihood that notices would be sent to individuals who were no longer residing on a reserve. In these cases, the postal clerks would not be able to deliver them and they would be returned as undeliverable by the post office. The comparatively high number of undeliverable questionnaires must therefore be seen as a symptom of the outdated lists. As I have concluded that the efforts to address the lists were reasonable, I need not address this point further.

[120] As with the lists, Cromwell J. concludes that delivery is "quintessentially a state responsibility" (para. 269). Even if that were so, delivery cannot be disassociated from the lists. Moreover, the post office is not within the province's control, and the province cannot force individuals to pick up their mail. Like the lists, delivery is not entirely within the province's control and a reasonable efforts test is all that is required.

lacunes à la province donne un portrait inexact de la réalité. Comme je l'ai expliqué, la compilation des listes brutes n'est pas entièrement sous l'emprise de l'Ontario. C'est pourquoi j'estime que le bon critère doit être axé sur les efforts de l'État et non sur la question de savoir s'il est parvenu à obtenir des listes à jour.

[118] En résumé, les efforts déployés par l'Ontario pour obtenir des listes à jour étaient raisonnables. Je suis donc convaincu qu'il a respecté son obligation de représentativité à cet égard. Cette conclusion concorde avec celles des juges Goudge et Rouleau.

b) *La distribution*

[119] En Cour d'appel, seul le juge Goudge a analysé la distribution séparément des listes. À mon avis, la preuve fait en sorte qu'il est pratiquement impossible de le faire. La preuve relative à la distribution du courrier dans les réserves indique plutôt que la probabilité que les destinataires reçoivent les avis est directement liée à l'exactitude des listes. La désuétude des listes faisait accroître le risque que les avis soient envoyés à des personnes qui n'habitaient plus dans une réserve. Dans ces cas-là, les commis des postes n'étaient pas en mesure de les distribuer et les avis en question étaient donc retournés à l'expéditeur par le bureau de poste avec la mention « non livrable ». Il faut considérer le nombre relativement élevé de questionnaires non livrables comme un symptôme des listes désuètes. Ayant conclu que les efforts déployés pour résoudre le problème des listes étaient raisonnables, je n'ai pas à m'attarder sur ce point.

[120] Tout comme dans le cas des listes, le juge Cromwell conclut que leur distribution « ressortit [...] essentiellement à l'État » (par. 269). Même s'il en était ainsi, la distribution ne peut être dissociée des listes. Qui plus est, le bureau de poste ne relève pas de la province; de plus, cette dernière ne peut obliger les particuliers à ramasser leur courrier. À l'instar des listes, leur distribution n'est pas entièrement du ressort de la province et le critère des efforts raisonnables est tout ce qui est requis.

[121] In this regard, I note that the province did not simply throw up its hands upon learning of the problems with delivery. Rather, it took an aggressive approach. After consulting with Stach J., it increased the number of notices sent to on-reserve residents by nearly 50 percent. In my view, this was a reasonable response to the delivery problems. To the extent the majority of the Court of Appeal concluded otherwise, as I have said, their factual findings were based on a legal test that imposed too high a standard on Ontario. Accordingly, those findings are not entitled to deference.

(c) *The Low Response Rates*

[122] Ontario's approach to addressing the low response rates was the factor that drew the most serious criticism from the majority at the Court of Appeal. However, to meet its constitutional mandate, Ontario was only required to address the ways in which the problems with the source lists and delivery contributed to the low response rates. As I have described, it made reasonable efforts to do so. It was not obliged to address the systemic factors that the Iacobucci Report indicates are at the heart of this problem.

[123] The respondent argues that Ontario should have investigated the cause of the low response rates earlier. According to the respondent, Ontario's failure to do so renders its efforts to address the low response rates inadequate. I do not accept this argument.

[124] The respondent submits that if the interim and final reports required under PDB #563 had been filed and if the PJC had analyzed the data it was collecting about the rate of response from on-reserve residents earlier, Ontario could have taken action sooner. While it is true that Ontario could have enforced the reporting requirements and run the data earlier, I fail to see how this would have been of assistance. Both of these measures would simply have confirmed what was already known — that on-reserve residents were responding in markedly lower numbers. Neither of these steps would

[121] À cet égard, je constate que la province n'a pas tout simplement lancé la serviette en découvrant les problèmes de distribution. Elle s'est plutôt attaquée à ces problèmes avec énergie. Après avoir consulté le juge Stach, elle a envoyé près de 50 p. 100 de plus d'avis aux résidents des réserves. Il s'agit là, selon moi, d'une réponse raisonnable aux problèmes de distribution. Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu le contraire, comme je l'ai dit, leurs conclusions de fait reposaient sur un critère juridique qui imposait une norme trop élevée à l'Ontario. Ces conclusions ne commandent donc aucune déférence.

c) *Le faible taux de réponse*

[122] La stratégie adoptée par l'Ontario pour contrer le faible taux de réponse était le facteur qui a suscité les critiques les plus sévères de la part des juges majoritaires de la Cour d'appel. Or, pour respecter son mandat constitutionnel, l'Ontario était uniquement tenu d'examiner les façons dont les failles des listes brutes et les problèmes de distribution ont contribué au faible taux de réponse. Comme je l'ai expliqué, il a déployé des efforts raisonnables à cette fin. Il n'était pas obligé d'examiner les facteurs systémiques qui, selon le rapport Iacobucci, sont au cœur de ce problème.

[123] L'intimé prétend que l'Ontario aurait dû étudier plus tôt la cause du faible taux de réponse. Toujours selon l'intimé, cette omission de l'Ontario rend inadéquats les efforts qu'il a faits pour contrer le faible taux de réponse. Je rejette cet argument.

[124] L'intimé soutient que, si les rapports provisoires et finaux exigés par la PDB n° 563 avaient été déposés et si le CPSJ avait analysé plus tôt les données qu'il recueillait à propos du taux de réponse des personnes résidant dans les réserves, l'Ontario aurait pu agir plus rapidement. Certes, l'Ontario aurait pu appliquer les exigences en matière de déclaration et traiter les données plus tôt, mais je ne vois pas en quoi cela aurait été utile. Ces deux mesures auraient simplement permis de confirmer ce que l'on savait déjà : les résidents des réserves répondaient en bien moins grand nombre.

have shed light on the causes of the low response rates. At the time, everyone believed the problem was attributable to the flawed lists. Efforts were being directed to rectifying that problem. Had Ontario known of the precise data about the low response rates, I fail to see how it would have changed the approach. Moreover, even if the province had known about the systemic problems sooner, its constitutional obligations would not have required it to address them.

(3) Conclusion on the Sufficiency of Ontario's Efforts

[125] Ontario made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury process. I therefore conclude that there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

[126] As we now know, the problem runs much deeper than flawed lists. The Iacobucci Report concludes, at para. 209, that “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history”. This is a serious policy concern that merits attention. But the accused’s ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to redress this concern. The accused’s right to be tried by a jury of his peers is a right aimed at securing a fair adjudicative process. It cannot be used to dictate to the government how it should — let alone *must* — resolve important policy questions of this nature. For the purposes of ss. 11(d) and 11(f), the state’s constitutional obligation stops when it has provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. It has done so.

[127] In coming to this conclusion, I wish to emphasize that nothing in these reasons should be

Aucune de ces mesures n’aurait permis d’en apprendre davantage sur les causes de ce faible taux de réponse. À l’époque, tout le monde croyait que le problème était attribuable aux listes lacunaires. Des efforts étaient faits pour corriger ce problème. J’ai du mal à voir comment l’Ontario aurait modifié sa stratégie s’il avait été au courant des données précises relatives au faible taux de réponse des résidents des réserves. De plus, même si la province avait eu connaissance plus tôt des problèmes systémiques, ses obligations constitutionnelles ne l’auraient pas contraint à s’y attaquer.

(3) Conclusion sur le caractère suffisant des efforts de l’Ontario

[125] L’Ontario a déployé des efforts raisonnables pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés. Je conclus donc qu’il n’y a pas eu violation des al. 11d) ou 11f) de la *Charte*.

[126] Comme nous le savons maintenant, le problème dépasse largement les listes lacunaires. Le rapport Iacobucci conclut en son par. 209 que « le principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu[e] sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire ». Voilà une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu’on s’y attarde. Cependant, les droits garantis à l’accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation. Le droit de l’accusé d’être jugé par un jury formé de ses pairs vise à garantir un processus décisionnel équitable. Il ne saurait être utilisé pour dicter au gouvernement comment il devrait — encore moins *doit* — résoudre des questions importantes de politique générale de cette nature. Pour l’application des al. 11d) et 11f), l’obligation constitutionnelle de l’État cesse lorsqu’il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. C’est ce qu’il a fait.

[127] En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne doit être

taken as suggesting that it would be appropriate for Ontario to stall its efforts to address the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system. As this Court has noted on many occasions, the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system is a pressing matter. If reconciliation is ever to be achieved, the state's efforts must not only continue; they must increase. But this Court is not a commission of inquiry, and its role is not to dictate to the government how to resolve this issue. The question facing us is whether the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights were violated. Viewed through that narrow lens, the state's efforts were sufficient.

C. *Did Ontario Violate the Section 15 Rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal On-Reserve Residents Who Were Potential Jurors?*

[128] For the reasons given by the Court of Appeal, I would dismiss Mr. Kokopenace's s. 15 claims. With respect to his personal s. 15 claim, he has not clearly articulated a disadvantage. This is fatal to his claim. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, I would not accede to this request. As an accused person, Mr. Kokopenace may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors. If a challenge is to be raised on their behalf, there must be an opportunity for their views to be represented. Like the Court of Appeal, I would therefore decline to grant public interest standing and dismiss his claim on behalf of potential jurors.

considéré comme suggérant qu'il serait opportun pour l'Ontario d'interrompre ses efforts visant à résoudre le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury. Comme l'a souligné la Cour à maintes reprises, la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice est une question urgente. Pour qu'il y ait réconciliation un jour, l'État doit non seulement poursuivre ses efforts, mais redoubler d'efforts. Cependant, notre Cour n'est pas une commission d'enquête, et il ne lui appartient pas de dicter au gouvernement comment il doit résoudre ce problème. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir si les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* ont été violés. Vus sous cet angle étroit, les efforts de l'État étaient suffisants.

C. *L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?*

[128] Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. S'agissant de la prétention personnelle que M. Kokopenace a avancée sur le fondement de l'art. 15, il n'a pas clairement formulé de désavantage, ce qui porte un coup fatal à sa prétention. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, je n'y accède pas. En tant qu'accusé, M. Kokopenace risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés. Si une contestation est présentée en leur nom, ils doivent se voir accorder la possibilité de se faire entendre. Tout comme la Cour d'appel, je refuse donc de lui accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et je rejette la réclamation qu'il a déposée au nom des candidats jurés.

D. *If Mr. Kokopenace's Charter Rights Were Violated, What Is the Appropriate Remedy?*

[129] As I have concluded, there were no *Charter* violations. Mr. Kokopenace received a fair trial by an impartial and representative jury. Accordingly, it is not necessary to address the question of remedy.

VII. Disposition

[130] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and reinstate Mr. Kokopenace's conviction.

The following are the reasons delivered by

[131] KARAKATSANIS J. — Aboriginal people are dramatically overrepresented in our justice system as offenders and victims, but participate at much lower rates than non-Aboriginal people as jurors. Canadian society is deprived and diminished by this reality, the causes of which are deeply rooted and complex. This appeal requires this Court to determine whether the low presence of Aboriginal on-reserve residents on the 2008 jury roll for the District of Kenora violated Mr. Kokopenace's fair trial rights, as protected by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[132] In answering this question, the Court must decide the scope of the *Charter* right to a trial by jury and whether s. 11 is the appropriate constitutional tool for addressing the damaged relationship between Aboriginal peoples and the justice system in Canada.

[133] I conclude that, despite the difficulties I will discuss with its compilation, the 2008 Kenora jury roll met the constitutional standards imposed by s. 11 of the *Charter*. In so deciding, I respectfully disagree with the approaches to representativeness adopted by each of my colleagues. Unlike

D. *S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la Charte, quelle est la réparation convenable?*

[129] Comme je l'ai conclu, il n'y a eu aucune violation de la *Charte*. Monsieur Kokopenace a bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial et représentatif. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la réparation.

VII. Dispositif

[130] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Kokopenace.

Version française des motifs rendus par

[131] LA JUGE KARAKATSANIS — Les Autochtones sont considérablement surreprésentés dans notre système de justice en tant que contrevenants et victimes, mais ils y participent comme jurés à des taux beaucoup plus faibles que les non-Autochtones. Cette réalité, dont les causes sont profondément enracinées et complexes, affaiblit et appauvrit la société canadienne. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la faible présence de résidents autochtones d'une réserve sur la liste des jurés du district de Kenora pour 2008 a violé les droits de M. Kokopenace à un procès équitable, garantis par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[132] Pour répondre à cette question, la Cour doit statuer sur la portée du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* et décider si l'art. 11 est l'outil constitutionnel approprié pour réparer la relation mise à mal entre les Autochtones et le système de justice au Canada.

[133] Je conclus qu'en dépit des difficultés dont je traiterai plus loin en ce qui concerne sa confection, la liste des jurés de Kenora pour 2008 satisfaisait aux normes constitutionnelles qu'impose l'art. 11 de la *Charte*. En arrivant à cette décision, j'exprime respectueusement mon désaccord avec

Cromwell J., I cannot accept that representativeness requires a jury roll to substantially resemble a random selection of eligible jurors drawn from the community. I view representativeness as primarily concerned with the jury's function rather than the degree to which a jury roll reflects the particular make-up of the community. Understood in light of the jury's history and purpose, a jury represents society in the sense that it acts on its behalf.

[134] Nor can I agree with Moldaver J.'s view that representativeness only requires the state to make reasonable efforts to compile the jury roll through a fair process, without regard for the outcome of those efforts. A *Charter* breach is not defined by the state's efforts, but by the adequacy of the process actually used. Furthermore, unlike my colleague, I leave open the possibility that, even where an appropriate process is used, unintentional but substantial exclusion could undermine the legitimacy, independence and impartiality of a jury roll, thereby rendering it unrepresentative. Thus, I conclude that s. 11 requires the state to compile the jury roll through a random process that draws broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

I. Background

[135] In 2008, Clifford Kokopenace was tried before judge and jury in the Ontario Superior Court of Justice in Kenora, where he was acquitted of second degree murder but found guilty of the lesser included offence of manslaughter. His challenge to the representativeness of the jury roll was raised after conviction but before sentencing. It was argued for the first time on appeal.

[136] Before the Ontario Court of Appeal, Mr. Kokopenace argued that the jury that found him guilty was derived from a jury roll that inadequately

les approches adoptées par chacun de mes collègues quant à la représentativité. Contrairement au juge Cromwell, je ne puis accepter que la représentativité nécessite une liste de jurés qui ressemble sensiblement à une sélection au hasard de jurés admissibles issus de la collectivité. À mon sens, la représentativité s'attache principalement à la fonction du jury plutôt qu'à la mesure dans laquelle la liste des jurés reflète la composition particulière de la collectivité. Considéré à la lumière de son histoire et de sa raison d'être, le jury représente la société en ce sens qu'il agit en son nom.

[134] Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion du juge Moldaver que la représentativité oblige seulement l'État à déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés au moyen d'un processus équitable, sans égard au résultat de ces efforts. Une violation de la *Charte* se définit non pas par les efforts de l'État, mais par le caractère adéquat du processus utilisé. En outre, contrairement à mon collègue, je n'écarte pas la possibilité que, même en cas d'utilisation d'une procédure convenable, une exclusion involontaire mais importante sape la légitimité, l'indépendance et l'impartialité d'une liste de jurés, rendant celle-ci non représentative. Je conclus donc que, selon l'art. 11, l'État doit établir la liste des jurés au moyen d'un processus aléatoire qui puise largement dans la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

I. Contexte

[135] En 2008, Clifford Kokopenace a subi un procès devant juge et jury en Cour supérieure de justice de l'Ontario à Kenora, où il a été acquitté de meurtre au deuxième degré, mais reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a contesté la représentativité de la liste des jurés après la déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de la peine. Cette contestation a été plaidée pour la première fois en appel.

[136] En Cour d'appel de l'Ontario, M. Kokopenace a soutenu que le jury qui l'avait reconnu coupable avait été constitué à partir d'une

ensured representation of Aboriginal on-reserve residents. He argued that this violated his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter*. Fresh evidence was admitted on this issue, including *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (Iacobucci Report), released on February 26, 2013, while the Court of Appeal's decision was under reserve.

[137] The Court of Appeal issued three sets of reasons, and divided on both the findings of facts and the ultimate disposition of the appeal. LaForme and Goudge JJ.A., writing separate reasons for the majority, found that the accused's rights under s. 11(d) and (f) were breached. They reached this conclusion on the basis that the state did not make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll from which jurors were chosen. Rouleau J.A., dissenting, adopted the majority's test of representativeness but found that despite imperfections in compiling the jury roll, the state's efforts were reasonable in the circumstances. All three judges dismissed Mr. Kokopenace's s. 15 claims for want of evidence and lack of standing: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analysis

[138] This appeal highlights a stark reality in Ontario: the low participation rate of Aboriginal people in the province's jury rolls. The evidence in this case is that this problem is serious and worsening: in 2008, only 4.1 percent of those on the District of Kenora jury roll were Aboriginal people residing on reserves, though the on-reserve adult population comprises between 21.5 percent to 31.8 percent of the district's total adult population. This situation is tragic, both in its causes and its effects. The Iacobucci Report found that the negative impact of the criminal justice system on Aboriginal peoples' communities, cultures, laws and lives has left many

liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Il a prétendu que cette situation violait les droits que lui garantissaient les al. 11d) et 11f) et l'art. 15 de la *Charte*. De nouveaux éléments de preuve ont été admis sur cette question, y compris un rapport intitulé *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), publié le 26 février 2013, alors que la Cour d'appel n'avait pas encore rendu sa décision.

[137] La Cour d'appel a rendu trois opinions et était partagée quant aux conclusions de fait et à l'issue de l'appel. Auteurs des motifs distincts de la majorité, les juges LaForme et Goudge ont conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) avaient été violés. Ils sont arrivés à cette conclusion parce que, selon eux, l'État n'avait pas déployé d'efforts raisonnables en vue de donner aux points de vue particuliers des résidents autochtones d'une réserve une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés à partir de laquelle les jurés ont été choisis. Le juge Rouleau, dissident, a souscrit au critère de représentativité retenu par les juges majoritaires, mais il a conclu que, malgré les imperfections dans la confection de la liste des jurés, les efforts de l'État étaient raisonnables au vu des circonstances. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15, faute de preuve et de qualité pour agir : 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analyse

[138] Le présent pourvoi met en lumière une dure réalité en Ontario : le faible taux de participation des Autochtones dans l'établissement des listes de jurés de la province. La preuve en l'espèce montre que ce problème est sérieux et qu'il va en s'aggravant : en 2008, seulement 4,1 p. 100 des personnes inscrites sur la liste des jurés du district de Kenora étaient des résidents autochtones d'une réserve, alors que les résidents adultes d'une réserve représentent de 21,5 p. 100 à 31,8 p. 100 de la population adulte totale du district. Cette situation est tragique, à la fois de par ses causes et ses effets. Le rapport Iacobucci conclut que les répercussions négatives

feeling alienated from this system, and the under-representation of Aboriginal peoples on jury rolls is only one manifestation of this much larger problem (para. 209). Unfortunately, lack of participation in the criminal justice system only deepens the divide.

[139] There is no doubt that the long-standing grievances underlying this disengagement should be addressed. The alienation of Aboriginal peoples from the justice system is a problem that runs deep in Canadian society, and is one that may very well have constitutional implications. However, I agree with the Court of Appeal, for the reasons given by my colleague Moldaver J., that this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal people under s. 15 of the *Charter* are implicated as a result of this alienation and under-representation.

[140] Moreover, in my view, the right of an accused to a fair trial by jury is not the appropriate mechanism to indirectly address the historic and current grievances of First Nations. A challenge to representativeness of a jury roll asks a much narrower question, viewed from the perspective of an accused's fair trial rights: whether a segment of society's low participation on the jury roll undermines a trial by an otherwise independent, impartial, competent jury.

[141] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

du système de justice pénale sur les communautés, les cultures, les lois et les vies des Autochtones font en sorte qu'un grand nombre d'entre eux se sentent écartés de ce système, et que la sous-représentation des Autochtones sur les listes de jurés n'est qu'une manifestation parmi d'autres de ce problème beaucoup plus vaste (par. 209). Malheureusement, l'absence de participation dans le système de justice pénale ne fait qu'approfondir le clivage.

[139] La nécessité de répondre aux doléances de longue date qui sous-tendent ce désengagement ne fait aucun doute. L'aliénation des Autochtones à l'égard du système de justice est un problème profondément enraciné dans la société canadienne, et ce problème pourrait fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel, pour les motifs donnés par mon collègue le juge Moldaver, qu'il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux Autochtones sont en cause par suite de cette aliénation et de cette sous-représentation.

[140] Qui plus est, j'estime que le droit de l'accusé à un procès équitable avec jury n'est pas le bon moyen de répondre indirectement aux doléances historiques et actuelles des Premières Nations. La contestation de la représentativité d'une liste de jurés pose une question beaucoup plus étroite, considérée du point de vue des droits de l'accusé à un procès équitable : la faible participation d'un segment de la société dans l'établissement de la liste des jurés fait-elle obstacle à un procès devant un jury par ailleurs indépendant, impartial et compétent?

[141] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

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

(f) 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;

[142] The issue in this case is whether the accused's right to a trial by jury was breached. In my view, this right does not entitle an accused to a jury or a jury roll that proportionately reflects all of the various perspectives and characteristics in society. Rather, it requires a jury that can act on behalf of society. In order for the jury to function as a representative of society in the criminal justice system, the jury roll must be compiled through a neutral process in which random selection is applied to source lists that draw broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. Such a process provides a platform for the selection of an impartial and independent jury. That requirement was met in this case. Moreover, there is no real dispute that Mr. Kokopenace received a verdict from a jury that was independent and impartial: C.A. reasons, at para. 226. I am satisfied that his fair trial rights protected by s. 11(d) were not breached. As I will explain, I am also satisfied that his right to trial by jury under s. 11(f) was not infringed.

A. *The Essential Features of Trial by Jury*

[143] While the *Charter* protects the right to trial by jury, it does not define what exactly this right entails. Thus, it is helpful to return to the historical roots of trial by jury, and to its functions and purposes.

[144] The jury system forms part of the bedrock of the Canadian legal system. It was introduced to Canada as part of the common law of England. The 18th century jurist William Blackstone extolled the virtues of the jury, writing that “the founders of the

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;

[142] En l’espèce, il s’agit de décider s’il y a eu atteinte au droit de l’accusé à un procès avec jury. À mon avis, ce droit ne garantit pas à l’accusé un jury ou une liste de jurés qui reflète proportionnellement tous les points de vue et toutes les caractéristiques que l’on trouve dans la société. Il exige plutôt un jury qui peut agir au nom de la société. Pour que le jury puisse fonctionner en tant que représentant de la société dans le système de justice pénale, la liste des jurés doit être dressée au moyen d’un processus neutre dans lequel une sélection aléatoire est appliquée à des listes brutes produites à partir d’un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Un tel processus fournit les assises de la constitution d’un jury impartial et indépendant. Cette exigence a été remplie en l’espèce. Qui plus est, personne ne conteste vraiment que M. Kokopenace a reçu un verdict d’un jury indépendant et impartial : motifs de la C.A., par. 226. Je suis convaincue que ses droits à un procès équitable, garantis par l’al. 11d), n’ont pas été violés. Comme je l’expliquerai plus loin, je suis également convaincue qu’il n’y a pas eu atteinte au droit à un procès avec jury que lui garantit l’al. 11f).

A. *Les caractéristiques essentielles du procès avec jury*

[143] Bien que la *Charte* protège le droit à un procès avec jury, elle ne précise pas ce que ce droit suppose au juste. Il est donc utile de revoir les origines historiques du procès avec jury, ses fonctions et sa raison d’être.

[144] Le système de jury fait partie des fondements du système judiciaire canadien. Il a été introduit au Canada en tant qu’élément de la common law d’Angleterre. Le juriste William Blackstone, qui a vécu au dix-huitième siècle, a vanté les mérites du

English laws have with excellent forecraft contrived . . . that the truth of every accusation . . . should afterwards be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbours, indifferently chosen, and superior to all suspicion”: *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 343.

[145] Blackstone’s reference to “equals and neighbours” must be understood in a very limited sense. When Blackstone wrote in the 1760s, this referred to propertied men, or lords where a lord stood accused: *Commentaries on the Laws of England* (1768), Book III, at p. 349. When the jury system was brought to Canada as part of the English common law, the requirements of gender and property persisted: R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), at pp. 45 and 135.

[146] Restrictions on gender persisted until the 1970s, when the last Canadian provinces amended their legislation to permit women to serve as jurors. For much of Canadian history, Aboriginal people were systemically excluded from serving on juries due to the combined effects of racism, denial of the franchise to Aboriginal people, and exclusion of reserves from source lists: see, for example, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at pp. 378-79.

[147] These exclusions reflect prejudices that have no place in the administration of justice, and that would not be countenanced in the modern jury system. Indeed, they would today be seen as deliberate exclusions that violate an accused’s rights under s. 11(d) and (f) of the *Charter*. As this difficult history illustrates, society has moved away from an identity-based conception of the jury. There are compelling reasons for so doing. Individuals can have multiple, intersecting identities or characteristics that are not susceptible to simple categorization. The very notion of identity itself is constantly in flux. Thus, selecting prospective jurors on the

jury, écrivant que [TRADUCTION] « les fondateurs du droit anglais se sont arrangés, de façon fort sagace [. . .], pour que la véracité de toute accusation [. . .] soit ultérieurement confirmée par le suffrage unanime de douze de ses égaux et voisins, choisis au hasard et au-dessus de tout soupçon » : *Commentaries on the Laws of England* (1769), Livre IV, p. 343.

[145] Les « égaux et voisins » dont parle Blackstone doivent recevoir un sens très restreint. Lorsque Blackstone a écrit les lignes précitées dans les années 1760, cette expression désignait les propriétaires fonciers de sexe masculin, ou les lords si un lord était inculpé : *Commentaries on the Laws of England* (1768), Livre III, p. 349. Lorsque le système de jury a été introduit au Canada comme élément de la common law d’Angleterre, il fallait encore que les jurés soient des propriétaires fonciers de sexe masculin : R. B. Brown, *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), p. 45 et 135.

[146] Les restrictions fondées sur le sexe ont subsisté jusque dans les années 1970, quand les dernières provinces canadiennes ont modifié leurs lois pour permettre aux femmes d’agir comme jurées. Au cours d’une bonne partie de l’histoire canadienne, les Autochtones étaient systématiquement exclus de la fonction de juré par les effets combinés du racisme, du déni du droit de vote aux Autochtones et de l’exclusion des réserves des listes brutes : voir, par exemple, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 378-379.

[147] Ces exclusions témoignent de préjugés qui n’ont pas leur place dans l’administration de la justice et qui ne seraient plus tolérés dans le système de jury moderne. De fait, elles seraient considérées aujourd’hui comme des exclusions délibérées qui violent les droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l’accusé. Comme le montre cette histoire difficile, la société s’est éloignée de la conception du jury fondée sur l’identité. Il y a d’ailleurs des raisons impérieuses de le faire : les gens peuvent avoir de multiples identités ou caractéristiques interreliées qui ne se prêtent pas à une simple catégorisation. La notion même d’identité

basis of their identity or characteristics is not a feature of the modern jury. This is not to say that there is not value in Blackstone's vision of a jury composed of "equals and neighbours". It is rather that, properly understood, "equals and neighbours" must refer to society as a whole.

[148] Trial by jury is a trial by lay members of the community, whose job it is to find the facts and return a verdict. *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014) defines a "jury" as "[a] group of persons selected according to law and given the power to decide questions of fact and return a verdict" (p. 986). This definition focuses exclusively on its fact-finding function, rather than its representative qualities. What are the essential features of a jury that permit it to carry out this function of collective decision-making?

[149] A jury must be independent and impartial, as provided in s. 11(d) of the *Charter*: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. Above all else, these twin requirements are fundamental, explaining in part why trial by jury is part of an accused person's right to a fair trial. Of course, a jury must also be competent, and the process permits the judicial exclusion of those who are unable to carry out their responsibilities: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 632 and 644.

[150] This Court has identified other features of a jury, anchored in s. 11(f) of the *Charter*. A jury roll must be drawn by means of a neutral, broadly inclusive process favouring neither the prosecution nor the accused. This process supports the independence and impartiality of the jury that will ultimately be selected. As this Court held in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524:

The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as

change constamment. Par conséquent, de nos jours, la sélection des candidats jurés ne se fait pas sur le fondement de leur identité ou de leurs caractéristiques. Cela ne veut pas dire que la conception de Blackstone — pour qui le jury devait être composé d'« égaux et de voisins » — est sans valeur. C'est plutôt que, s'ils sont interprétés correctement, « les égaux et les voisins » renvoient à la société dans son ensemble.

[148] Le procès avec jury est un procès par des profanes issus de la collectivité, dont la tâche consiste à établir les faits et à rendre un verdict. Le *Black's Law Dictionary* (10^e éd. 2014) définit le « jury » comme [TRADUCTION] « [u]n groupe de personnes sélectionnées conformément à la loi et investies du pouvoir de trancher des questions de fait et de rendre un verdict » (p. 986). Cette définition porte exclusivement sur sa fonction de juge des faits, plutôt que sur ses qualités de représentant. Quelles sont les caractéristiques essentielles du jury qui lui permettent d'exercer cette fonction de prise de décision collective?

[149] Le jury doit être indépendant et impartial, comme le prévoit l'al. 11d) de la *Charte* : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30. Par-dessus tout, cette double exigence est fondamentale et explique en partie pourquoi le procès avec jury fait partie du droit de l'accusé à un procès équitable. Bien entendu, le jury doit aussi être compétent et le processus permet au tribunal d'exclure les jurés qui ne sont pas en mesure d'exercer leurs responsabilités : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 632 et 644.

[150] Notre Cour a relevé d'autres caractéristiques du jury ancrées à l'al. 11f) de la *Charte*. La liste des jurés doit être dressée au moyen d'un processus neutre et largement inclusif qui ne favorise ni la poursuite ni l'accusé. Ce processus favorise l'indépendance et l'impartialité du jury qui finira par être constitué. Comme notre Cour l'a affirmé dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524 :

Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être endoctriné à cette

such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen.

[151] The vision of a representative cross-section of society has been the source of some confusion. As I will explain, representativeness is not about the inclusion or reflection of all groups and perspectives in society. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury thus serves as a representative of society. A jury is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community. Nor are jurors expected to represent particular perspectives in the course of their deliberations. Rather, the jury acts on behalf of society. The representative function is assured by the use of a selection process in which random sampling is applied to broad-based source lists, without deliberate or substantial exclusion.

[152] In adopting this functional understanding of representativeness, I depart from my colleague Cromwell J. In his view, a jury roll must mirror what a random sample from the community would look like — in effect, it must proportionately represent the community from which it is drawn. Nor can I agree with the Court of Appeal's view that representativeness requires the state to make reasonable efforts to include the distinctive perspectives of members of all First Nations reserve communities in the jury roll.

[153] In my view, adopting such an identity-based approach, focused on ensuring that certain perspectives are reflected on the jury roll, would mark a significant departure from both Canadian experience and jurisprudence. It is undisputed that the Canadian jury system has never required that the ultimate jury panel selected for a trial proportionately represent the perspectives and identities within a particular community. As McLachlin J. (as

fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement.

[151] La notion d'échantillon représentatif de la société a engendré une certaine confusion. Comme je l'expliquerai plus loin, la représentativité n'est pas une question d'inclusion ou de représentation de tous les groupes et points de vue que l'on trouve dans la société. Elle décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury sert donc de représentant de la société. Le jury ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité. On ne s'attend pas non plus à ce que les jurés représentent des points de vue particuliers au cours de leurs délibérations. Le jury agit plutôt au nom de la société. La fonction de représentant est assurée par le recours à un processus de sélection durant lequel l'échantillonnage aléatoire est appliqué à des listes brutes produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante.

[152] En faisant mienne cette conception fonctionnelle de la représentativité, je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. À son avis, une liste de jurés doit refléter ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité — dans les faits, elle doit représenter proportionnellement la collectivité dont elle est issue. Je ne partage pas non plus l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la représentativité oblige l'État à faire des efforts raisonnables pour inclure les points de vue particuliers des membres de toutes les collectivités des réserves de Premières Nations dans la liste des jurés.

[153] J'estime que, si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité qui vise à garantir que certains points de vue soient exprimés dans la liste des jurés, cela constituerait un écart important par rapport à l'expérience et à la jurisprudence canadiennes. Personne ne conteste que le système de jury canadien n'a jamais exigé que le tableau final des jurés constitué pour un procès représente proportionnellement les points de vue et les identités que l'on

she then was) wrote in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-57:

I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

[154] Accepting that exclusions based in prejudice have no place in the modern jury system does not require that the jury be chosen from a roll that proportionately reflects the different perspectives and characteristics in society. In my view, the same practical and principled concerns weighing against requiring a proportionately representative jury apply with equal force to the jury roll.

[155] First, society has long accepted that, in principle, governments may exclude many from eligibility for jury service, for example on the basis of their professions, education, criminal history or immigration status: see, for example, the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Requiring proportionality among jurors would completely undermine these long-standing restrictions.

[156] But the problems with this approach run much deeper than mere practicality. Exactly what characteristics would have to be “represented”? Race, gender, ethnicity, religion, language, education, socio-economic status, urban or rural residency? Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal illustrated

trouve dans une collectivité donnée. Comme l’a écrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-57 :

J’admets que le jury doit être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

[154] Admettre que les exclusions fondées sur des préjugés n’ont pas leur place dans le système de jury moderne ne revient pas à dire que le jury doit être constitué à partir d’une liste qui reflète proportionnellement les différents points de vue et caractéristiques que l’on trouve dans la société. À mon avis, les mêmes considérations pratiques et considérations de principe qui militent contre l’obligation d’avoir un jury proportionnellement représentatif s’appliquent tout autant à la liste des jurés.

[155] Premièrement, la société accepte depuis longtemps qu’en principe, les gouvernements puissent déclarer bon nombre de personnes inhabiles à remplir les fonctions de juré, par exemple en raison de leur profession, de leur instruction, de leurs antécédents judiciaires ou de leur statut d’immigrant : voir, par exemple, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Imposer la proportionnalité dans la sélection des jurés saperait complètement ces restrictions de longue date.

[156] Toutefois, cette approche pose des problèmes beaucoup plus fondamentaux qu’une simple question pratique. Quelles caractéristiques auraient à être « représentées » au juste? La race? Le sexe? L’origine ethnique? La religion? La langue? L’instruction? La situation socioéconomique? Le fait de

the conceptual problems with viewing representativeness as a positive right, rather than a prohibition on improper exclusions, in *Church of Scientology*, at p. 121:

To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. . . . [T]he right to a representative panel or roll is an inherently qualified one. There cannot be an absolute right to a representative panel or roll.

McLachlin J. discussed the same problems with requiring a representative jury in *Biddle*, and I agree with her conclusion that there is “no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement” (para. 58).

[157] The respondent points to the important role of the jury as conscience of the community, arguing that this role demands a more robust right to representativeness. It is true that by forging a connection between the broader community and the administration of justice, and by entrusting such a crucial decision-making role to lay community members, the jury serves as a bridge between the public and the justice system, and promotes confidence in both the outcome of individual cases and the functioning of the system more broadly: *Davey*, at para. 30. The jury’s role in educating the public, reinforcing the legitimacy of the justice system and acting as conscience of the community are clearly positive outcomes of our system of trial by jury: see *Sherratt*, at pp. 523-24.

résider dans un milieu urbain ou rural? Dans *Church of Scientology*, p. 121, le juge Rosenberg, de la Cour d’appel de l’Ontario, a illustré les problèmes conceptuels qui se posent lorsque la représentativité est vue comme un droit positif plutôt qu’une interdiction contre les exclusions irrégulières :

[TRADUCTION] Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau de jurés entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques considérées nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus envahissant, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés de l’information concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [. . .] [L]e droit à une liste ou à un tableau représentatif de jurés est un droit essentiellement restreint. Il ne saurait y avoir de droit absolu à une liste ou à un tableau représentatif de jurés.

La juge McLachlin a traité dans *Biddle* des mêmes problèmes que présente le fait d’exiger la constitution d’un jury représentatif et, tout comme elle, je « ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue » (par. 58).

[157] L’intimé souligne le rôle important du jury en tant que conscience de la collectivité, plaçant que ce rôle exige un droit plus solide à la représentativité. Il est vrai qu’en établissant un lien entre la collectivité dans son ensemble et l’administration de la justice, et en raison du rôle décisionnel aussi important qui a été confié à des profanes de la collectivité, le jury sert de pont entre le public et le système de justice, et renforce la confiance à l’égard de l’issue d’une affaire en particulier et du fonctionnement du système de façon plus générale : *Davey*, par. 30. Les rôles que joue le jury, soit instruire le public, renforcer la légitimité du système de justice et agir comme conscience de la collectivité, sont manifestement des fonctions positives de notre système de procès avec jury : voir *Sherratt*, p. 523-524.

[158] However, it is important not to confuse these important roles or impacts of a jury system with the essential characteristics that permit it to serve these functions. These characteristics flow from the qualities that are constitutionally protected: independence, impartiality, and competence. They are assured by random selection from a broad-based jury roll — drawn from the broader community — without any deliberate exclusion of otherwise qualified jurors, and, at a later stage, by the ability to challenge for cause. In this sense, the jury is representative of society.

[159] Thus, although representativeness, understood very generally as representing society, is an essential feature of a jury, it must be understood by reference to the purpose for which it is protected. Instead of guaranteeing particular communities or perspectives a role in the process, jury representativeness ensures the institution's independence, impartiality and legitimacy by random selection from the broader community. The right to trial by jury does not guarantee that a particular group will be represented, only that the jury roll must be compiled through random selection from broad-based lists, without deliberately or substantially excluding a segment of the population. This accords with this Court's general statement in *Sherratt* that representativeness is guaranteed by random selection from broadly inclusive source lists (p. 525).

[160] My colleague Moldaver J. says that it is sufficient if the state makes reasonable efforts to use a fair and broadly inclusive process. In my view, however, the process used is either constitutionally acceptable or it is not. The state's reasonable efforts in meeting its *Charter* obligations would no doubt be relevant at the remedy stage. However, it is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

[158] Toutefois, il importe de ne pas confondre ces importants rôles ou effets du système de jury et les caractéristiques essentielles qui lui permettent d'exercer ces fonctions. Ces caractéristiques découlent des qualités qui jouissent d'une protection constitutionnelle : l'indépendance, l'impartialité et la compétence. Elles sont assurées par la sélection au hasard à partir d'une liste de jurés résultant d'un large échantillonnage de la collectivité dans son ensemble, sans exclusion délibérée de jurés par ailleurs qualifiés et, à une étape ultérieure, par la possibilité de les récuser pour un motif valable. En ce sens, le jury est représentatif de la société.

[159] Ainsi, bien que la représentativité — dans le sens très général de représentation de la société — soit une caractéristique essentielle du jury, elle doit être interprétée en fonction de la raison pour laquelle elle est protégée. Plutôt que de garantir à des collectivités ou à des points de vue particuliers un rôle dans le processus, la représentativité du jury assure l'indépendance, l'impartialité et la légitimité de l'institution par la sélection aléatoire à partir de la collectivité dans son ensemble. Le droit à un procès avec jury ne garantit pas qu'un groupe en particulier sera représenté; il garantit seulement que la liste des jurés doit être dressée par la sélection au hasard à partir de listes résultant d'un large échantillonnage, sans exclure délibérément ou de façon importante une couche de la population. Cette conception de la représentativité concorde avec l'affirmation générale de notre Cour dans *Sherratt* selon laquelle la représentativité est garantie par la sélection au hasard à partir de listes brutes largement inclusives (p. 525).

[160] Selon mon collègue le juge Moldaver, il suffit que l'État fasse des efforts raisonnables pour employer un processus équitable et largement inclusif. J'estime toutefois que le processus employé est constitutionnellement acceptable ou ne l'est pas. Les efforts raisonnables déployés par l'État pour respecter les obligations que lui impose la *Charte* seraient sans doute pertinents à l'étape de détermination de la réparation. Toutefois, c'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

[161] Unlike Moldaver J., whose test focuses on the state's reasonable efforts, I leave open the possibility that the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

[162] This additional aspect of the representativeness test permits a claimant to establish a *Charter* breach in circumstances where, despite an adequate process and the absence of deliberate exclusion, the resulting jury roll is nonetheless fundamentally flawed. This recognizes that although representativeness is primarily achieved through the process by which the jury roll is compiled, the effect of that process on the jury's ability to serve its functions cannot be ignored. Thus, this additional enquiry reflects the importance of representativeness and, in fact, broadens the state's constitutional obligation. However, as I will explain, such substantial exclusion does not arise in this case, and in my view the precise location of the threshold is best left for a future case.

[163] In summary, Canadian law has never defined juries as representative of all the particular characteristics or perspectives in society. The right to a jury in s. 11(f) of the *Charter* has never entitled an accused to a jury or jury roll of a particular composition. There are practical and principled reasons why it would be problematic to define any characteristics that ought to be reflected in a jury roll. Indeed, many perspectives are not represented, as individuals are in fact excluded from the jury roll by eligibility criteria and from the jury by being excused where participation would impose hardship. Judges regularly excuse potential jurors who

[161] Contrairement au juge Moldaver, dont le critère est axé sur les efforts raisonnables de l'État, je n'exclus pas la possibilité que l'État puisse, dans des situations exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

[162] Cet aspect supplémentaire du critère de représentativité permet à un demandeur d'établir une violation de la *Charte* dans un cas où, malgré un processus adéquat et l'absence d'exclusion délibérée, la liste des jurés qui en résulte est néanmoins entachée d'un vice fondamental. On reconnaît ainsi que, même si la représentativité dépend principalement du processus par lequel la liste des jurés est constituée, on ne saurait faire abstraction de l'effet qu'a ce processus sur la capacité du jury d'exercer ses fonctions. Cette analyse supplémentaire traduit donc l'importance de la représentativité et élargit en fait l'obligation constitutionnelle de l'État. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a pas eu une exclusion aussi importante en l'espèce et j'estime qu'il vaut mieux attendre une autre occasion de fixer l'endroit précis où se situe le seuil.

[163] En résumé, le droit canadien n'a jamais indiqué que les jurys étaient représentatifs de toutes les caractéristiques ou de tous les points de vue particuliers que l'on trouve dans la société. Le droit à un jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'a jamais donné à l'accusé le droit à un jury ou à une liste de jurés d'une composition particulière. Pour des raisons d'ordre pratique et de principe, il serait problématique de définir les caractéristiques que l'on devrait retrouver dans une liste de jurés. En effet, de nombreux points de vue ne sont pas représentés, car des personnes sont en fait exclues de la liste des jurés par les critères d'admissibilité et exclues du jury

are self-employed or who would not be paid during their absence from employment, are students, or have child-care or other family responsibilities. I conclude that a representative jury guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter* is not defined by whether the jury roll reflects the perspectives and identities that make up a community. I see the representativeness of a jury as primarily functional, not descriptive. It acts on behalf of, and thus represents, society.

B. *What Does Representativeness Require?*

(1) Source Lists

[164] A representative jury roll is one that is created through a fair and random process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately or substantially exclude a subset of the community. Such lists lay the foundation for each step that follows in the jury process. Ensuring that these lists are drawn broadly from the community is thus critical.

[165] However, perfection is not required, for many reasons. First, provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. Provinces in Canada have chosen different mechanisms to access the broader community. Some use health records; others use electoral and assessment rolls, municipal directories, motor vehicle registration records, or a combination of multiple sources: Iacobucci Report, at paras. 150-74. Indeed, the use of these alternatives means that in many provinces it is impossible to determine the extent to which Aboriginal people are included in source lists. In Ontario, the statistics relating to the participation of Aboriginal people residing on reserves are only known because the *Juries Act* provides a separate process for individuals living on reserves. Those

lorsque des candidats jurés sont exemptés parce que leur participation leur imposerait une contrainte. Il arrive couramment aux juges d'exempter des candidats jurés qui travaillent à leur compte ou qui ne seraient pas rémunérés pendant leur absence du travail, qui sont aux études, qui doivent s'occuper d'enfants ou qui ont d'autres responsabilités familiales. Je conclus qu'un jury représentatif garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* n'est pas défini en fonction du fait que la liste des jurés reflète les points de vue et les identités qui composent une collectivité. À mon sens, la représentativité d'un jury est principalement fonctionnelle, et non descriptive. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente.

B. *Que faut-il pour qu'il y ait représentativité?*

(1) Les listes brutes

[164] La liste des jurés est représentative si elle est dressée au moyen d'un processus équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. De telles listes servent de fondement à toutes les étapes subséquentes du processus de sélection des jurés. Il est donc essentiel de faire en sorte que ces listes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité.

[165] Toutefois, la perfection n'est pas nécessaire, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. Les provinces canadiennes ont choisi différents mécanismes pour dresser les listes de membres de la collectivité dans son ensemble. Certaines se servent de dossiers de santé, alors que d'autres utilisent les listes électorales et les rôles d'évaluation, les annuaires municipaux, les dossiers d'immatriculation automobile ou une combinaison de plusieurs sources : rapport Iacobucci, par. 150-174. En effet, l'utilisation de ces autres moyens signifie que dans bien des provinces, il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle les Autochtones figurent sur les listes brutes. En Ontario, on ne connaît les

living outside of reserves are captured by municipal assessment lists, which do not include information about an individual's Aboriginal status.

[166] Second, unintentional exclusion of some segments of the community does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 violation. Because there are no perfect source lists, it follows that the state must be accorded flexibility in choosing a source list, recognizing that no list will be perfectly comprehensive, and that each has its own advantages and drawbacks. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group. Such leeway is restricted only by the requirement that exclusion not rise to such a substantial level that the jury could not fulfill its representative function.

[167] While unintentional exclusion is likely to occur as a result of the practical realities of jury roll compilation, the same cannot be said of intentionally and improperly shutting out certain groups from participating. A jury roll tainted by such deliberate exclusion could hardly be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

statistiques relatives à la participation des Autochtones vivant dans des réserves que parce que la *Loi sur les jurys* prévoit un processus distinct pour les résidents des réserves. Ceux qui n'habitent pas les réserves sont répertoriés dans les listes d'évaluation municipale, lesquelles ne comprennent pas d'information sur le statut d'autochtone de chacun.

[166] Deuxièmement, l'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, il s'ensuit que l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute étant donné qu'aucune liste ne sera complète en tous points, et que chacune comporte ses propres avantages et inconvénients. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier. Cette latitude n'est limitée que par l'obligation de veiller à ce que l'exclusion n'ait pas une ampleur telle que le jury ne puisse pas remplir sa fonction de représentation.

[167] Bien que l'exclusion involontaire soit susceptible de se produire en raison des réalités pratiques de la confection des listes de jurés, on ne peut pas en dire autant du fait d'empêcher intentionnellement et irrégulièrement certains groupes de participer. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut guère être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

(2) Delivery of Jury Notices

[168] The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll. This does not mean that the state must devise a perfect model for the delivery of jury notices. The state will generally be able to establish that it used an adequate process where it uses the same system by which the individuals or communities in question would normally receive their mail.

(3) Representativeness Does Not Require Addressing Low Response Rates

[169] The accused's s. 11(d) and (f) rights require a neutral process for identifying and contacting prospective jurors. Those who receive a jury questionnaire are required by law to respond. If they choose not to, the accused's fair trial rights do not impose a constitutional obligation on the state to assist or encourage individuals to participate, provided that the jury roll meets the standard of being drawn broadly from the community.

[170] Cromwell J. requires that the state must encourage and facilitate the participation of prospective jurors who choose not to participate in the jury system. He reaches this conclusion largely on the basis of the state's responsibility for the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system, and writes that "[h]aving played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them" in order to fulfill its representativeness obligations (para. 281). The Court of Appeal also concluded that the state must encourage responses to jury notices.

[171] There can be no doubt that addressing the disengagement of Aboriginal peoples from the jury system is an important step in addressing the larger web of problems — described at paras. 4 and 14

(2) L'envoi des avis de sélection de juré

[168] L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. Cela ne veut pas dire que l'État doive concevoir un modèle parfait pour l'envoi des avis de sélection de juré. Généralement, l'État sera en mesure d'établir qu'il a employé un processus adéquat lorsqu'il utilise le même système par lequel les personnes ou les collectivités en question reçoivent normalement leur courrier.

(3) La représentativité n'oblige pas à remédier aux faibles taux de réponse

[169] Les droits que les al. 11d) et 11f) garantissent à l'accusé exigent l'utilisation d'un processus neutre pour identifier les candidats jurés et communiquer avec eux. Ceux qui reçoivent un questionnaire sont tenus par la loi d'y répondre. S'ils choisissent de ne pas le faire, les droits de l'accusé à un procès équitable n'imposent pas à l'État une obligation constitutionnelle d'aider ou d'inciter les gens à participer, pourvu que la liste des jurés respecte la norme voulant qu'elle résulte d'un large échantillonnage de la collectivité.

[170] Le juge Cromwell estime que l'État doit promouvoir et faciliter la participation de candidats jurés qui choisissent de ne pas participer au système de jury. Il tire cette conclusion en s'appuyant en grande partie sur la responsabilité de l'État en ce qui a trait à la marginalisation des Autochtones dans le système de justice, et affirme que « [v]u son rôle important dans la création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier » afin de s'acquitter de ses obligations en matière de représentativité (par. 281). La Cour d'appel a conclu elle aussi que l'État devait inciter les gens qui reçoivent des avis de sélection de juré à y répondre.

[171] Il ne fait aucun doute que s'attaquer au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury est une étape importante de la résolution du vaste ensemble de problèmes — qualifiés de crise

of the Iacobucci Report as a crisis — plaguing the justice system as it is applied to Aboriginal peoples. Nor can there be any doubt that this disengagement is a complex problem with deep roots and no easy answers. It is essential that the correct constitutional tool be brought to bear in addressing this problem. In this case, this Court is asked to decide whether an accused person's fair trial rights are tools suited to this task, and if so, how they should be deployed to remedy Aboriginal peoples' disengagement from the jury system.

[172] In my view, an accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Troubling though such unwillingness may be, it does not mean the accused is deprived of his right to a trial by an impartial and independent jury, acting on behalf of society. In my view, finding otherwise would be inconsistent with the limited scope of representativeness in Canadian law. It is beyond the scope of an accused's fair trial rights as protected by s. 11(d) and (f) of the *Charter* to require the state to address issues that may cause segments of the population to disengage from the justice system. Thus, an accused's right to a trial by jury is not breached, and the verdict is not compromised, because the state does not actively facilitate the participation of those who will not or cannot participate. While it may be that such disengagement has implications for other constitutional rights, that question cannot be decided on the record in this case.

(4) Conclusion on Representativeness

[173] To conclude, jury representativeness has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. A jury acts on behalf of and represents society. What is required is a neutral process for compiling the jury roll, in which prospective jurors are randomly selected from lists drawn broadly from the community as it is defined in the relevant legislation. Intentional exclusion of certain segments of

aux par. 4 et 14 du rapport Iacobucci — qui pèsent sur l'application du système de justice aux Autochtones. Il ne fait non plus aucun doute que ce désengagement est un problème complexe aux racines profondes et pour lequel il n'existe pas de solution simple. Il est essentiel que le bon outil constitutionnel soit utilisé pour remédier à ce problème. En l'espèce, la Cour est appelée à décider si les droits de l'accusé à un procès équitable sont des outils qui conviennent à cette tâche et, dans l'affirmative, à se prononcer sur l'utilisation qui doit en être faite pour remédier au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury.

[172] À mon avis, les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. Aussi troublant ce refus soit-il, il ne prive pas l'accusé de son droit à un procès devant un jury impartial et indépendant agissant au nom de la société. À mon avis, la conclusion contraire serait incompatible avec la portée limitée de la représentativité en droit canadien. Les droits à un procès équitable que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé n'obligent nullement l'État à s'attaquer aux problèmes qui peuvent amener des couches de la population à se désengager du système de justice. Par conséquent, il n'y a pas atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury et le verdict n'est pas compromis parce que l'État ne facilite pas activement la participation de ceux qui ne participent pas ou qui ne peuvent pas le faire. Bien que ce désengagement puisse avoir des répercussions sur d'autres droits constitutionnels, le dossier en l'espèce ne permet pas de trancher cette question.

(4) Conclusion sur la représentativité

[173] Pour conclure, la représentativité du jury a un sens limité en droit canadien. La représentativité ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Le jury agit au nom de la société et la représente. Il faut un processus neutre pour dresser la liste des jurés, un processus par lequel les candidats jurés sont sélectionnés au hasard à l'aide de listes établies à partir d'un large éventail de membres de la collectivité au

the population from the jury roll would render it unconstitutional. Substantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society. However, as I shall explain, this does not arise in this case.

III. Application to the Facts

[174] Moldaver J.'s reasons at paras. 8-28 outline how the jury roll was compiled in Ontario and in the District of Kenora.

A. *The Findings of the Court of Appeal*

[175] The Court of Appeal examined three alleged deficiencies in the compilation of the 2008 jury roll for the District of Kenora. These deficiencies related to the adequacy of the source lists used to compile the jury roll, the adequacy of delivery methods by which prospective jurors were notified of their selection, and the low response rate of prospective jurors who received their jury notice.

(1) Adequacy of Source Lists

[176] Before the Court of Appeal, significant evidence was adduced regarding the poor and diminishing quality of the source lists by which Aboriginal people residing on reserves were included in the jury roll in the District of Kenora. In 2001, Indian and Northern Affairs Canada (INAC, now Aboriginal Affairs and Northern Development Canada) stopped providing Ontario with band lists for the purposes of s. 6(8) of the *Juries Act*, citing privacy concerns. After 2000, Court Services Division (CSD) staff of the Ministry of the Attorney General in the District of Kenora sought to obtain updated lists by contacting the First Nations for which they had received lists from INAC, as well as senior officials at the Nishnawbe Aski Nation. As part of these efforts, CSD staff also travelled to 15 fly-in reserves in 2007 to discuss jury participation with First Nations leadership. The same year, local CSD staff also learned

sens qui est donné à ce mot dans la législation pertinente. L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une exclusion importante, bien qu'involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière. Toutefois, comme je l'expliquerai ci-dessous, ce n'est pas le cas en l'espèce.

III. Application aux faits

[174] Aux paragraphes 8 à 28, le juge Moldaver décrit la manière dont la liste des jurés a été dressée en Ontario et dans le district de Kenora.

A. *Les conclusions de la Cour d'appel*

[175] La Cour d'appel a examiné trois lacunes alléguées dans la confection de la liste des jurés de 2008 pour le district de Kenora. Ces lacunes avaient trait au caractère suffisant des listes brutes employées pour dresser la liste des jurés, au caractère suffisant des méthodes d'envoi par lesquelles les candidats jurés avaient été avisés de leur sélection et au faible taux de réponse des candidats jurés qui avaient reçu leur avis de sélection de juré.

(1) Caractère suffisant des listes brutes

[176] En Cour d'appel, on a présenté une preuve abondante concernant la piètre et déclinante qualité des listes brutes au moyen desquelles les Autochtones qui habitent une réserve étaient inscrits sur la liste des jurés dans le district de Kenora. En 2001, Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, maintenant appelé Affaires autochtones et Développement du Nord Canada) a cessé de fournir à l'Ontario les listes de bandes pour l'application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys*, invoquant le souci du respect de la vie privée. Après 2000, les employés de la Division des services aux tribunaux (DST) du ministère du Procureur général dans le district de Kenora ont tenté d'obtenir des listes à jour en communiquant avec les Premières Nations pour lesquelles ils avaient reçu des listes d'AINC, et avec les hauts responsables de la Nation Nishnawbe Aski. Dans le cadre de ces démarches, les employés de la DST se

that they had accidentally excluded three First Nations from the jury roll, including the 2008 roll. As a result of these efforts, when questionnaires for the 2008 jury roll were to be mailed out, the Kenora CSD office had band lists from 2007 for eight First Nations; band lists from 2006 for two First Nations; INAC lists from 2000 for 32 First Nations; and no list for any of the three missing First Nations, or for an additional First Nation for which CSD staff appear never to have had a band list.

[177] LaForme J.A. found that the jury that convicted Mr. Kokopenace was drawn from lists so out of date that they failed to adequately represent Aboriginal people living on reserves on the jury roll. In his view, these deficiencies were compounded by Ontario's failure to update its policies in response to this Court's decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, which had the effect of expanding band electoral lists to include First Nation members residing both on and off reserves. He found that the failure to respond to these changes rendered band lists far less useful for the purpose of including Aboriginal people residing on reserves on the jury roll. He further found that the state both knew of this problem and did little to rectify it.

[178] The majority on this issue (Goudge and Rouleau J.J.A.) disagreed, finding that the effect of the lists on representation of Aboriginal on-reserve residents was modest. While Goudge J.A. agreed that the lists were dated and incomplete, he found that they nonetheless had significant utility for representativeness purposes because they still permitted

sont également rendus en 2007 dans 15 réserves accessibles par avion pour discuter de la participation à la sélection des jurés avec les dirigeants des Premières Nations. La même année, les employés locaux de la DST ont également appris qu'ils avaient accidentellement exclu trois Premières Nations de la liste des jurés, y compris la liste de 2008. À la suite de ces démarches, lorsque les questionnaires pour l'établissement de la liste des jurés de 2008 devaient être envoyés par la poste, le bureau de la DST de Kenora possédait les listes de bandes de 2007 visant huit Premières Nations, les listes de bandes de 2006 visant deux Premières Nations, les listes d'AINC de 2000 visant 32 Premières Nations, mais aucune liste visant l'une des trois Premières Nations manquantes ou visant une autre Première Nation pour laquelle les employés de la DST n'avaient apparemment jamais possédé de liste de bande.

[177] Le juge LaForme a conclu que le jury qui avait déclaré M. Kokopenace coupable avait été constitué à partir de listes tellement périmées qu'elles ne représentaient pas adéquatement sur la liste des jurés les Autochtones qui habitaient des réserves. À son avis, ces lacunes ont été aggravées par l'omission de l'Ontario de mettre à jour ses politiques pour donner suite à l'arrêt de notre Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, qui a eu pour effet d'élargir les listes électorales des bandes pour y ajouter les membres de Premières Nations qui habitent une réserve et les membres hors réserve. Il a conclu que l'omission de donner suite à ces changements rendait les listes de bandes beaucoup moins utiles pour l'inscription des Autochtones qui habitent une réserve sur la liste des jurés. Il a en outre conclu que l'État était au courant de ce problème et qu'il avait fait peu de choses pour le corriger.

[178] Les juges majoritaires sur ce point (les juges Goudge et Rouleau) n'étaient pas d'accord, concluant que les listes avaient eu un effet minime sur la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Le juge Goudge a reconnu que les listes étaient désuètes et incomplètes, mais il a conclu qu'elles étaient néanmoins d'une utilité considérable

the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included in the jury roll. He further found that the efforts by CSD staff to obtain better lists were adequate in light of the modest impact that the flawed lists had on representativeness. Rouleau J.A. agreed that the impact of the inadequacies in the band lists was “quite modest”, and noted that the Iacobucci Report shows that obtaining complete and accurate lists will have only a limited impact on the problem of low levels of Aboriginal participation in the jury system (para. 290).

[179] I agree with the majority’s findings on this issue. Ontario compensated for the inadequacies in its lists with efforts to correct them. Although these efforts had limited success, CSD staff, acting with the advice of an experienced judge in the district, also sent out a much higher proportion of jury questionnaires using the band lists they possessed, in order to compensate for what they appreciated was a low response rate. While it is true that some on-reserve residents were unintentionally excluded from jury service because of the inadequacy of the lists, the majority’s finding that this exclusion had only a modest effect means that it does not depart from the requirement that the jury roll be drawn broadly from the community.

[180] For the same reason, the fact that four First Nations were not included does not render the jury roll unrepresentative. The requirement that prospective jurors be drawn from broad-based source lists does not demand perfect inclusion, and the unintentional exclusion of a small community — Aboriginal or non-Aboriginal — does not undermine the representativeness of the jury roll. Although the source lists did not include all eligible jurors or all First Nations, a jury selected from this jury roll could nonetheless find facts, impartially and independently, and render a verdict on behalf of society. As long as the state does not intentionally seek to exclude such communities, such modest exclusions

pour les besoins de la représentativité, puisqu’elles permettaient quand même d’inclure les points de vue particuliers des résidents autochtones des réserves dans la liste des jurés. Il a conclu que les efforts déployés par les employés de la DST en vue d’obtenir de meilleures listes étaient adéquats, vu l’incidence minime que les listes lacunaires avaient eue sur la représentativité. Le juge Rouleau a convenu que les failles des listes de bandes avaient eu un effet [TRANSDUCTION] « assez minime » et il a noté que, selon le rapport Iacobucci, l’obtention de listes complètes et exactes n’aura qu’un effet limité sur le problème des faibles taux de participation des Autochtones au sein du système de jury (par. 290).

[179] Je souscris aux conclusions des juges majoritaires sur ce point. L’Ontario a pallié les failles de ses listes en faisant des efforts pour les corriger. Bien que ces efforts aient connu un succès mitigé, les employés de la DST, sur l’avis d’un juge qui avait longtemps travaillé dans le district, ont également envoyé une proportion beaucoup plus élevée de questionnaires du juré en employant les listes de bandes qu’ils possédaient, pour pallier ce qu’ils reconnaissaient être un faible taux de réponse. S’il est vrai que certains résidents des réserves ont été involontairement exclus de la fonction de juré en raison de l’insuffisance des listes, la conclusion des juges majoritaires selon laquelle cette exclusion n’avait eu qu’un effet minime signifie qu’elle ne déroge pas à l’exigence que la liste des jurés soit dressée à partir d’un large échantillon de la collectivité.

[180] Pour la même raison, ce n’est pas parce que quatre Premières Nations ne figuraient pas sur la liste des jurés que cette liste n’est pas représentative. L’obligation de faire en sorte que les candidats jurés soient issus de listes brutes établies à partir d’un large échantillon n’exige pas que tous soient inclus et l’exclusion involontaire d’une petite collectivité — autochtone ou non — ne mine pas la représentativité de la liste des jurés. Même si les listes brutes ne comprenaient pas toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de juré ou toutes les Premières Nations, un jury constitué à partir de cette liste de jurés pouvait néanmoins constater les faits de façon impartiale et indépendante et rendre

will not amount to a breach of an accused's rights under s. 11(d) or (f).

(2) Adequacy of Delivery Methods

[181] The Court of Appeal reached differing conclusions on the adequacy of the systems used by Ontario to deliver jury notices to individuals residing on reserves. LaForme J.A. did not directly address this issue in his reasons. Goudge J.A. found serious problems with delivery, and that Ontario was inattentive and did virtually nothing to determine the causes of failed delivery or how it might be remedied. In his view, "inaction by the state in the face of action that it could have taken cannot meet the reasonable efforts standard" (para. 262). Rouleau J.A. disagreed, and saw the problems with delivery as linked to the difficulties with obtaining up-to-date lists of on-reserve residents.

[182] I agree with Rouleau J.A. that any deficiencies in this case are intertwined with the problems the state was experiencing with accuracy of band lists. As discussed above, representativeness requires that jury notices be delivered to prospective jurors in a manner that does not deliberately or substantially undermine the broad-based and random quality of the jury roll. In this case, the state relied on the same system of mail delivery (general delivery and knowledge sort) that normally serves the reserve communities in question, and indeed which serves many small, remote communities in Canada. No substantial or deliberate exclusion of on-reserve Aboriginal people resulted from any deficiencies in this delivery method. Thus, in my view, the delivery methods used by the state did not violate Mr. Kokopenace's s. 11(f) right to trial by jury, nor did they violate his fair trial rights under s. 11(d) of the *Charter*.

un verdict au nom de la société. Tant que l'État ne cherche pas intentionnellement à exclure ces collectivités, les exclusions aussi minimales n'équivaudront pas à une atteinte aux droits que les al. 11d) ou 11f) garantissent à l'accusé.

(2) Caractère suffisant des méthodes d'envoi

[181] La Cour d'appel a tiré des conclusions divergentes quant au caractère suffisant des mécanismes employés par l'Ontario pour envoyer les avis de sélection de juré aux personnes qui habitaient les réserves. Le juge LaForme n'a pas directement traité de cette question dans ses motifs. Le juge Goudge a relevé de sérieux problèmes dans l'envoi des avis et a conclu que l'Ontario n'y avait pas porté attention et n'avait pratiquement rien fait pour déterminer les causes du défaut d'envoi ou pour trouver une façon d'y remédier. À son avis, [TRADUCTION] « l'omission de l'État de prendre les mesures qui étaient à sa disposition ne saurait satisfaire à la norme des efforts raisonnables » (par. 262). Le juge Rouleau n'était pas d'accord et estimait que les problèmes d'envoi étaient liés aux difficultés d'obtenir des listes à jour de résidents d'une réserve.

[182] Je conviens avec le juge Rouleau que toute lacune en l'espèce est étroitement liée aux problèmes qu'avait l'État relativement à l'exactitude des listes de bandes. Comme nous l'avons vu, la représentativité exige que les avis de sélection de juré soient envoyés aux candidats jurés d'une manière qui ne mine pas délibérément ou de façon importante la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. En l'espèce, l'État s'est servi du même système d'envoi de courrier (poste restante et tri du courrier par les employés de la poste selon leur connaissance du destinataire) qui dessert en temps normal les collectivités des réserves en question, voire bon nombre de petites collectivités éloignées au Canada. Les lacunes, s'il en est, de cette méthode d'envoi n'ont pas entraîné l'exclusion importante ou délibérée d'Autochtones qui habitent une réserve. Par conséquent, je suis d'avis que les méthodes d'envoi employées par l'État n'ont violé ni le droit à un procès avec jury que l'al. 11f) garantit à M. Kokopenace ni les droits à un procès équitable que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

(3) The Problem of Low Response Rates

[183] Significant evidence was marshalled before the Court of Appeal suggesting that even where the state succeeds in identifying and selecting Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll, many of those individuals do not return the notices sent to them. The Iacobucci Report explains that this low response rate is not simply a function of difficulties with the mechanics of compiling the jury roll. Rather, it is symptomatic of the much more intractable problem of alienation of Aboriginal peoples from the justice system.

[184] The reasons identified for not participating in the jury process are many, and include conflict between First Nations cultural values and laws and those underpinning the Canadian criminal justice system; systemic discrimination experienced by Aboriginal people in the criminal justice and child welfare systems; the need for education about the justice system, and the jury in particular; negative perceptions of the justice system arising from problems with policing; the desire to assume greater control over community justice issues as part of self-government; and the often troubled relationship between the Ministry of the Attorney General and First Nations in Ontario: Iacobucci Report, at paras. 209-30 and 248-51.

[185] These reasons sit alongside more practical concerns regarding band member privacy, the types of questions asked in juror questionnaires and the logistical challenges faced by many who live in more remote communities: Iacobucci Report, at paras. 231-44. The Iacobucci Report notes that First Nations representatives “uniformly expressed the position that, until significant and substantive changes are made to the criminal justice system, the issue of jury participation will not improve” (para. 209).

(3) Le problème des faibles taux de réponse

[183] La preuve abondante réunie en Cour d’appel indique que, même lorsque l’État réussit à identifier et à sélectionner des Autochtones qui habitent une réserve pour les inscrire sur la liste des jurés, bon nombre d’entre eux ne retournent pas les avis qui leur ont été envoyés. Le rapport Iacobucci explique que ce faible taux de réponse n’est pas attribuable uniquement aux difficultés techniques liées à l’établissement de la liste des jurés. Il est plutôt le signe d’un problème beaucoup plus difficile à résoudre, soit l’aliénation des Autochtones à l’égard du système de justice.

[184] On a recensé de nombreuses raisons à l’origine de la non-participation au processus de sélection des jurés, notamment : l’opposition entre, d’une part, les valeurs culturelles et les lois des Premières Nations et, d’autre part, celles sur lesquelles repose le système de justice pénale canadien; la discrimination systémique subie par les Autochtones dans les systèmes de justice pénale et de protection de l’enfance; le besoin de transmettre de l’information sur le système de justice et le jury en particulier; les perceptions négatives du système de justice découlant de problèmes liés aux services de police; le désir d’exercer un contrôle accru sur la justice au sein des collectivités dans le cadre de l’autonomie gouvernementale; les rapports souvent difficiles entre le ministère du Procureur général et les Premières Nations en Ontario : rapport Iacobucci, par. 209-230 et 248-251.

[185] À ces raisons s’ajoutent des préoccupations d’ordre plus pratique relatives à la vie privée des membres de la bande, aux types de questions posées dans les questionnaires du juré et aux difficultés de logistique que rencontrent de nombreux habitants des collectivités éloignées : rapport Iacobucci, par. 231-244. Le rapport Iacobucci signale que « [c]e que [les auteurs du rapport ont] entendu [lors des discussions avec les représentants des Premières Nations], toujours et encore, est que le problème de la participation aux jurys restera sans solution tant que des changements importants et substantiels n’aient pas été apportés au système de justice pénale » (par. 209).

[186] At the Court of Appeal, all three judges agreed that the representativeness requirement under s. 11 requires the state to make efforts to address the low response rate among Aboriginal people residing on reserves. LaForme and Goudge J.J.A. found that the state had failed in this obligation, while Rouleau J.A. found the state's efforts to be sufficient. With respect, I cannot agree with these conclusions.

[187] As I stated at the outset of these reasons, there can be no dispute that the problems underlying the disengagement of so many Aboriginal people from the justice system are of fundamental importance. Indeed, they are among the most difficult and pressing problems facing Canadian society, and may very well have constitutional implications. This importance does not, however, mean that they are appropriately dealt with as part of an accused person's fair trial rights under s. 11 of the *Charter*. Nor does it mean that the legitimacy of jury verdicts in the District of Kenora should be compromised until such deep-seated problems are resolved.

[188] These fair trial rights entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. Understood this way, jury representativeness is a narrow right, aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. Section 11 is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury. Other tools must be brought to bear to resolve these problems.

[186] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous convenu que l'exigence de représentativité fondée sur l'art. 11 obligeait l'État à faire des efforts pour s'attaquer au faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves. Les juges LaForme et Goudge ont conclu que l'État avait manqué à cette obligation, tandis que le juge Rouleau a conclu que les efforts de l'État étaient suffisants. Avec égards, je ne peux souscrire à ces conclusions.

[187] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, il est incontestable que les problèmes sous-tendant le désengagement d'un si grand nombre d'Autochtones du système de justice revêtent une importance fondamentale. De fait, ils comptent parmi les problèmes les plus difficiles et les plus pressants auxquels se heurte la société canadienne et pourraient fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, malgré la grande importance de ces problèmes, il ne convient pas de les traiter dans le cadre d'un débat sur les droits à un procès équitable que l'art. 11 de la *Charte* garantit à l'accusé. Cela ne veut pas dire non plus que la légitimité des verdicts rendus par des jurys dans le district de Kenora doit être compromise en attendant que ces problèmes si profondément enracinés soient résolus.

[188] Ces droits à un procès équitable permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Interprétée ainsi, la représentativité du jury est un droit restreint qui vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. L'article 11 n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif. Il faudra employer d'autres outils pour résoudre ces problèmes.

IV. Conclusion

[189] In my view, the respondent has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore his conviction.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[190] Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice: see, e.g., *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 714 and 717. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. Randomness is a proxy for representativeness and every accused person in Canada who has a jury trial has a constitutional right to a jury that is representative in this sense: *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(d) and 11(f). This appeal tests whether this guarantee is real or illusory for Aboriginal people.

[191] Clifford Kokopenace was tried for second degree murder by a jury in Kenora and was ultimately convicted of manslaughter. He is an Aboriginal man from a First Nation reserve. Aboriginal people residing on reserves were drastically under-represented on the jury roll from which Mr. Kokopenace's jury was ultimately selected. The provincial officials responsible for compiling the jury roll used sources that were substantially out of date and which included people who ought not to have been included. They entirely excluded four First Nations reserves in the district.

IV. Conclusion

[189] À mon avis, l'intimé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[190] La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public dans l'administration de la justice (voir p. ex. *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714 et 717). Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. La sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité, et tout inculpé au Canada qui bénéficie d'un procès avec jury a le droit constitutionnel à un jury représentatif entendu dans ce sens (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11d) et f)). Il s'agit en l'espèce de savoir si cette garantie est réelle ou illusoire pour les Autochtones.

[191] À l'issue d'un procès avec jury pour meurtre au deuxième degré à Kenora, Clifford Kokopenace a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Il est un Autochtone issu d'une réserve des Premières Nations. Les Autochtones qui résident dans des réserves étaient considérablement sous-représentés sur la liste des jurés ayant servi à former le jury. Les fonctionnaires provinciaux chargés de dresser la liste des jurés ont utilisé pour ce faire des sources en grande partie périmées sur lesquelles figuraient des personnes qui n'auraient pas dû y être. Les

The provincial officials had serious problems delivering jury notices to on-reserve residents and those who received them were much less likely to respond than were other prospective jurors. And underlying all of this is the sad history of racial discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the administration of criminal justice.

[192] When Mr. Kokopenace became aware of problems with the jury roll after his conviction, he appealed. A majority of the Court of Appeal set aside his conviction and ordered a new trial. After considering a mountain of evidence, the Court of Appeal concluded that the substantial under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll undermined the appearance of fairness and public confidence in the administration of justice.

[193] In seeking to have this Court set aside that ruling, the Crown asks us to hold that the right to a representative jury roll means only that the state is prohibited from making improper exclusions and that the focus is not on results but on whether the state made reasonable efforts. As for the broader issues of discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the justice system, we are told that jury representativeness is an inappropriate legal tool with which to address those issues. The state, we are told, may choose to address these issues as a matter of social policy, but they have nothing to do with the right to trial by jury.

[194] Similarly, my colleague Moldaver J. would find no *Charter* violation notwithstanding a 30 per cent race-based under-representation on the jury roll. He would conclude that the state, in the context of assembling jury rolls, is under no constitutional obligation to address, in any manner whatsoever, the systemic factors that contribute to this. Indeed, his view is that the state has no obligation beyond providing a “fair opportunity” to those who — as

réserves de quatre Premières Nations du district en étaient entièrement exclues. Les fonctionnaires provinciaux ont eu beaucoup de mal à faire parvenir les avis de sélection de juré aux résidents des réserves, et ces derniers, s’ils ont reçu l’avis, étaient nettement moins susceptibles d’y répondre que d’autres candidats jurés. Tout cela sur triste fond de discrimination raciale historique envers les peuples autochtones et de marginalisation de ces derniers dans l’administration de la justice pénale.

[192] Lorsque M. Kokopenace a été mis au courant des problèmes relatifs à la liste des jurés, après le prononcé de son verdict de culpabilité, il a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Après avoir examiné une montagne de preuve, la Cour d’appel a conclu que la sous-représentation considérable des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés minait l’apparence d’équité et la confiance du public dans l’administration de la justice.

[193] Le ministère public, qui sollicite l’annulation de ce jugement, demande à la Cour de conclure que le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut procéder à des exclusions irrégulières et que ce qui compte n’est pas tant le résultat que le fait que l’État a déployé ou non des efforts raisonnables. Quant aux grands problèmes de discrimination à l’égard des peuples autochtones et de leur marginalisation au sein du système de justice, invoquer la représentativité des jurys, nous dit-on, ne constitue pas le bon moyen juridique de les régler. L’État, nous dit-on, peut s’y attaquer dans le cadre d’une politique sociale, mais ils ne regardent en rien le droit à un procès avec jury.

[194] De même, mon collègue, le juge Moldaver, conclut à l’absence d’infraction à la *Charte* malgré une sous-représentation de 30 p. 100 fondée sur la race dans la liste des jurés. Selon lui, lorsqu’il prépare la liste des jurés, l’État n’est tenu à aucune obligation constitutionnelle de remédier aux facteurs systémiques sous-jacents. En effet, il estime que l’État a pour seule obligation d’offrir une « possibilité honnête » à ceux qui sont marginalisés

a result of prolonged racial discrimination — have become alienated from the system and whose participation would enhance its legitimacy.

[195] Like the majority of the Court of Appeal, I would reject these contentions. I do not regard compliance with the Constitution as either optional or as a matter of social policy. An Aboriginal man on trial for murder was forced to select a jury from a roll which excluded a significant part of the community on the basis of race — his race. This in my view is an affront to the administration of justice and undermines public confidence in the fairness of the criminal process. I would dismiss the appeal.

[196] While there are many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* in my view ought to be read as providing an impetus for change, not an excuse for saying that the remedy lies elsewhere.

II. Facts, Issues and Judicial History

A. *Facts and Issues in Overview*

[197] The respondent, Clifford Kokopenace, was convicted of manslaughter on June 17, 2008, by a jury in the Superior Court of Justice in Kenora, Ontario. Not long after his conviction, he became aware of some possible problems with the 2008 jury roll from which the jury that convicted him had been selected. It emerged that only 4.1 percent of the potential jurors on the roll were Aboriginal on-reserve residents even though they made up approximately 30 percent of the adult population of the District of Kenora.

[198] Mr. Kokopenace appealed the conviction on the basis, among others, that the jury roll was not representative and therefore that his rights under the *Charter* to a jury trial, to a trial before an impartial tribunal and to equality before the law (ss. 11(f),

en raison d'une discrimination raciale de longue date et dont la participation améliorerait la légitimité du système.

[195] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter ces prétentions. J'estime que le respect de la Constitution n'est ni facultatif ni une question de politique sociale. Un Autochtone devant être jugé pour meurtre a été forcé de choisir un jury à partir d'une liste des jurés de laquelle était exclue une bonne partie de la collectivité sur le fondement de la race — la sienne. Cette situation déconsidère à mon avis l'administration de la justice et ébranle la confiance du public dans l'équité du processus pénal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[196] Certes, la sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés a de nombreuses causes profondes. Or, à mon avis il faut voir la *Charte* comme un moteur de changement, et non s'en servir pour renvoyer à autrui la responsabilité d'accorder réparation.

II. Faits, questions en litige et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits et des questions en litige*

[197] L'intimé, Clifford Kokopenace, a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable le 17 juin 2008 par un jury en Cour supérieure de justice, à Kenora, en Ontario. Peu de temps après le prononcé du verdict, il a appris que la liste des jurés dressée pour 2008 et qui avait servi à la sélection du jury qui l'avait reconnu coupable était peut-être entachée de certaines irrégularités. Il s'est avéré que seulement 4,1 p. 100 des candidats jurés inscrits sur la liste étaient des résidents autochtones d'une réserve bien que ceux-ci représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district de Kenora.

[198] M. Kokopenace a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité au motif notamment que la liste des jurés n'était pas représentative et que, par conséquent, il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* à un procès avec jury, à un procès devant un

11(d) and 15) had been violated. The Court of Appeal, by a majority, agreed that his rights had been infringed, set aside the conviction and ordered a new trial: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

[199] On the Crown's appeal to this Court, there is no dispute that there is such a concept as jury representativeness. However, the meaning and content of a right to a representative jury roll, whether it has been violated and, if so, what remedy should flow from that breach are all contested.

[200] I will address three related issues:

- (a) What is the content of the right to have a representative jury roll?
- (b) Was there a breach of that right in Mr. Kokopenace's case?
- (c) If so, what is the appropriate remedy?

[201] I do not find it necessary to address the equality rights issue (s. 15 of the *Charter*) in light of my conclusion that Mr. Kokopenace's rights to a jury trial and to a trial before an impartial tribunal (under ss. 11(f) and 11(d)) have been violated and that he should have a new trial before a properly constituted jury.

B. *The Jury Selection Process in Ontario*

[202] This case concerns how a jury roll is compiled and the right to have a representative roll. A basic understanding of what a jury roll is and how a jury is ultimately selected to try a case is therefore a useful starting point.

[203] I emphasize that there is no challenge here to the legislation which governs how to assemble a jury roll or to select a jury to try a case. Mr. Kokopenace's complaint is that the effect of the legislation as it was applied in this case infringed his rights, not that there is any constitutional defect in the legislation itself.

tribunal impartial et à l'égalité devant la loi (al. 11f) et d), et art. 15). La Cour d'appel, à la majorité, a reconnu qu'il y avait eu atteinte à ses droits; elle a annulé le verdict de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481).

[199] Dans le pourvoi interjeté par le ministère public devant notre Cour, l'existence du concept de la représentativité du jury n'est pas contestée. Le litige porte plutôt sur le sens et la teneur du droit à une liste des jurés représentative, la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, la réparation qu'il convient d'accorder.

[200] J'aborderai ces trois questions connexes :

- a) En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?
- b) Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?
- c) Dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

[201] J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les droits à l'égalité (art. 15 de la *Charte*) vu que je conclus à une atteinte aux droits de M. Kokopenace à un procès avec jury et à un procès devant un tribunal impartial (garantis par les al. 11f) et 11d)) et à la nécessité d'un nouveau procès devant un jury régulièrement formé.

B. *Le processus de sélection des jurés en Ontario*

[202] La présente affaire porte sur la préparation de la liste des jurés et sur le droit à une liste représentative. Un bon point de départ serait donc de déterminer en quoi consiste une liste des jurés et comment le jury est sélectionné pour le procès.

[203] Je tiens à souligner que les dispositions législatives qui régissent la préparation de la liste des jurés ou le choix du jury pour un procès ne sont pas contestées. Monsieur Kokopenace dénonce la manière dont elles ont été appliquées en l'espèce et qui a porté atteinte à ses droits, non pas l'existence d'un vice constitutionnel qui les entacherait.

[204] There are three phases in the process in Ontario which leads ultimately to the selection of a 12-person “petit” jury to try a criminal case. First, a jury roll is prepared by the sheriff: C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 114-17. Then, at the request of a judge, names from that list are selected by the sheriff to constitute jury panels, sometimes referred to as the jury “array”: Granger, at pp. 117-21 and 143. Finally, through the “in-court” jury selection stage, a petit jury is selected from among the members of the jury panel.

[205] Only the third step of this process is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the other two stages are governed by provincial statutes: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 17-2; Granger, at p. 143. The constitutional breach alleged in this appeal occurred at the first stage of the jury selection process and concerns how the jury roll was assembled.

[206] In Ontario, the assembly of the jury roll is governed by the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. Under s. 5, each year the sheriff determines the number of prospective jurors required for the year and transmits that information to the Director of Assessment. From there, jury service notices and questionnaires are sent out to randomly selected persons (s. 6(1)). Everyone who receives a jury service notice is required by law to complete the questionnaire and return it to the sheriff (s. 6(5)); it is an offence punishable by fine or imprisonment not to do so (s. 38(3)). Once the jury service questionnaires have been returned, the sheriff prepares a jury roll made of those who returned the questionnaires and who are eligible for jury service and certifies that it is a proper roll (ss. 8 and 9).

[207] When a jury panel is required, a precept is issued to the sheriff by a judge of the Superior Court of Justice in the form prescribed by regulation: *Juries Act*, s. 12. The sheriff must then randomly select the panel from all whose names are on

[204] En Ontario, le processus comporte trois étapes qui mènent à la sélection d’un petit jury constitué de 12 jurés qui jugeront dans un procès criminel. Tout d’abord, le shérif prépare une liste des jurés (C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2^e éd. 1996), p. 114-117). Ensuite, à la demande d’un juge, le shérif sélectionne des noms figurant sur la liste des jurés pour composer les tableaux des jurés (Granger, p. 117-121 et 143). Enfin, le petit jury est formé par tirage en salle d’audience parmi les personnes inscrites au tableau.

[205] Seule la troisième étape du processus est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; les deux autres sont régies par des lois provinciales (E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 17-2; Granger, p. 143). L’entorse à la Constitution invoquée dans le présent pourvoi est survenue à la première étape du processus de sélection des jurés et concerne la préparation de la liste des jurés.

[206] En Ontario, la préparation de la liste des jurés est régie par la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3. Aux termes de l’art. 5, le shérif détermine chaque année le nombre de candidats jurés nécessaires au cours de l’année et transmet ces renseignements au directeur de l’évaluation, qui fait envoyer des avis de sélection de juré et les formules de rapport à des personnes choisies au hasard (par. 6(1)). Toute personne qui reçoit un tel avis a l’obligation légale de renvoyer la formule de rapport dûment remplie au shérif (par. 6(5)), à défaut de quoi elle peut être déclarée coupable d’une infraction punissable d’une amende ou d’une peine d’emprisonnement (par. 38(3)). Après avoir reçu les formules de rapport, le shérif dresse la liste des jurés en y inscrivant le nom des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés parmi celles qui ont renvoyé la formule et il certifie que la liste est conforme (art. 8 et 9).

[207] Lorsque la formation d’un tableau des jurés est requise, un juge de la Cour supérieure de justice délivre au shérif des citations selon la formule prescrite par les règlements (*Loi sur les jurys*, art. 12). Le shérif choisit ensuite le tableau en faisant

the jury roll (ss. 15 to 18.1). Members of the panel are subsequently summoned by the sheriff and, if not excused for reason of illness or serious hardship, are required by law to attend the court's sitting (s. 19).

[208] When a petit jury is selected for a trial, the clerk of the court randomly draws names of members of the jury panel following the procedure prescribed at s. 631 of the *Criminal Code*. In turn, the jurors whose names have been drawn and who have not been either excused by the judge, challenged peremptorily or successfully challenged for cause are sworn in until all of the jurors required to try the case (and alternates if any) have been selected: *Criminal Code*, ss. 639 to 642.

[209] I turn next to the lists from which people are selected at random to get jury service notices and questionnaires. The process for obtaining lists of residents differs depending on the territory. There are three categories.

[210] The first relates to people living in territory with municipal organization, i.e. those who are included in the enumeration under the *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, the Director of Assessment is required to send jury service notices to a random selection of persons whose names and addresses have been obtained at the most recent enumeration of the inhabitants of the county under s. 15 of the *Assessment Act*.

[211] The second category is for people who live neither in municipally organized territory nor on reserves. Section 8(6) of the *Juries Act* provides that the sheriff is to "have recourse to the latest polling list prepared and certified for such territory, and to any assessment or collector's roll prepared for

un tirage au sort à partir de tous les noms qui figurent sur la liste des jurés (art. 15 à 18.1). Le shérif assigne ensuite les personnes inscrites au tableau, lesquelles sont légalement tenues, à moins d'avoir été exemptées pour cause de maladie ou de préjudice grave, de se présenter devant le tribunal (art. 19).

[208] Pour la formation du petit jury en vue d'un procès, le greffier du tribunal tire au sort les noms des personnes inscrites au tableau des jurés en suivant la procédure prévue à l'art. 631 du *Code criminel*. Par la suite, les jurés dont le nom a été tiré et qui n'ont pas été dispensés par le juge ou qui n'ont pas fait l'objet d'une récusation péremptoire ou d'une récusation motivée fondée sont assermentés jusqu'à ce que leur nombre suffise à constituer un jury complet (y compris des jurés suppléants, s'il en est ordonné) (*Code criminel*, art. 639 à 642).

[209] Examinons les registres qui servent à la sélection aléatoire des personnes à qui seront envoyés des avis de sélection de juré et des formules de rapport. Dans les présents motifs, les termes « sources », « registres » et « bassin » sont employés de manière interchangeable et renvoient au terme « listes brutes » qu'utilisent mes collègues. Le processus qui permet d'obtenir les registres de résidents diffère selon le territoire. Il en existe trois catégories.

[210] La première vise les personnes qui résident dans une municipalité, c'est-à-dire les personnes dénombrées au recensement prévu par la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31. Suivant le par. 6(2) de la *Loi sur les jurys*, le directeur de l'évaluation doit envoyer les avis de sélection de juré à des personnes choisies au hasard, dont le nom et l'adresse proviennent du dernier recensement des habitants du comté effectué en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur l'évaluation foncière*.

[211] La deuxième catégorie vise les personnes qui ne résident ni dans un territoire érigé en municipalité ni dans une réserve. Le paragraphe 8(6) de la *Loi sur les jurys* prévoit que le shérif « peut recourir à tout registre disponible et, notamment, à la plus récente liste électorale établie et certifiée

school purposes” and that he “may obtain names from any other record available”.

[212] The third category consists of people residing on reserves. I note that there is no dispute in this case that the overwhelming majority of on-reserve residents are Aboriginal people. Therefore, like the Court of Appeal, I do not see any meaningful distinction between “on-reserve residents” and “Aboriginal on-reserve residents” (para. 11). Aboriginal reserves are not subject to assessments under the *Assessment Act* and as a result the Ontario government does not produce lists of Aboriginal on-reserve residents. Unlike in the first two categories, the *Juries Act* does not refer to any other specific record of Aboriginal on-reserve residents that is to be used by the sheriff for jury purposes. Instead, s. 6(8) simply permits the sheriff to “obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available”.

[213] It should be noted that, even though under the *Juries Act* it is the “sheriff” who is responsible for the jury roll process, in practice these responsibilities are carried out by various provincial and local employees. Local court staff is responsible for determining the number of jury service notices to be sent out for both on-reserve and off-reserve residents. The Municipal Property Assessment Corporation is responsible for randomly selecting names from municipal enumeration lists while local court staff is responsible for the random selection and for the mailing of notices to Aboriginal on-reserve residents. In addition, the Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for preparing the jury notices and questionnaires, which are then provided to local court staff and mailed out. Once the questionnaires have been returned and the roll is ready, the roll is certified by the Director for Court Operations for the West Region, who acts as the sheriff for this purpose. Finally, the PJC is responsible for issuing summons and generating a jury panel on receipt of a precept, using a computerized jury selection system.

pour ce territoire, ainsi qu’au rôle d’évaluation ou de perception dressé aux fins scolaires ».

[212] La troisième catégorie vise les personnes qui résident dans une réserve. Je fais remarquer qu’il est acquis aux débats en l’espèce que la très grande majorité des résidents d’une réserve sont des Autochtones. Par conséquent, tout comme la Cour d’appel, j’estime qu’il n’existe pas de véritable distinction entre les [TRADUCTION] « résidents de réserves » et les « résidents autochtones de réserves » (par. 11). Les réserves autochtones n’étant pas visées par le recensement prescrit par la *Loi sur l’évaluation foncière*, le gouvernement ontarien ne produit pas de listes énumérant les résidents autochtones des réserves. Contrairement à ce qui y est prévu dans le cas des deux premières catégories, la *Loi sur les jurys* ne renvoie dans ce cas à aucun registre précis des résidents autochtones de réserves pour la sélection d’un jury par le shérif. En fait, le par. 6(8) permet simplement au shérif d’« obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible ».

[213] Il convient de souligner que, sous le régime de la *Loi sur les jurys*, la responsabilité d’établir la liste des jurés incombe au « shérif », mais ce sont divers employés provinciaux et locaux qui s’en acquittent dans les faits. Le personnel judiciaire local détermine le nombre d’avis de sélection de juré qui doivent être envoyés aux résidents de réserves et aux résidents hors réserve. La Société d’évaluation foncière des municipalités sélectionne des noms au hasard à partir de la liste de recensement municipale, tandis que le personnel judiciaire local s’occupe de la sélection au hasard de résidents autochtones de réserves et de l’envoi des avis à ces derniers. En outre, le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») prépare les avis de sélection de juré et les formules de rapport, qui sont ensuite remis au personnel judiciaire local qui les achemine par la poste. Une fois que les formules de rapport sont retournées au shérif et que la liste des jurés est préparée, celle-ci est certifiée par le directeur de l’administration des tribunaux de la région Ouest, qui agit au nom du shérif à cet égard. Enfin, le CPSJ est celui qui délivre les assignations et dresse le tableau des jurés au moyen d’un système de sélection des jurés informatisé, sur réception de la citation.

C. *Proceedings in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal*

[214] Mr. Kokopenace's concerns with regard to the process leading to the creation of the 2008 jury roll in the District of Kenora were brought to the attention of the trial judge, Stach J. Since the jury had already rendered its verdict, he declined to adjourn the sentencing proceedings to hear a mistrial application because he considered himself *functus officio*.

[215] The challenge to the representativeness of the jury roll was therefore heard for the first time by a panel of the Ontario Court of Appeal, which considered extensive fresh evidence with respect to this issue. The court was unanimous that, in order to satisfy its obligation to provide a representative jury roll, the test was whether Ontario had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included. The Court of Appeal also unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claim. The court divided on the outcome of the appeal, however.

[216] LaForme and Goudge JJ.A., in separate reasons, agreed that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights had been breached by the state's failure to make reasonable efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with a fair opportunity to be included on the jury roll. The majority of the Court of Appeal found that the state knew or ought to have known that there was a serious problem of under-representation of Aboriginal on-reserve residents in the jury roll; that the state's actions to address the problem were inadequate and largely unresponsive to the problems and that additional steps should have been taken to address the under-representation issue at the material time. A new trial was ordered.

[217] The two judges of the majority diverged in their approaches to the specific areas of state action where Ontario failed to meet its constitutional obligation. According to LaForme J.A., the state was facing, but failed to meaningfully address, two main

C. *Instance devant la Cour supérieure de justice et devant la Cour d'appel*

[214] Les préoccupations de M. Kokopenace à l'égard du processus qui a donné lieu à la liste des jurés pour 2008 dans le district de Kenora ont été portées à l'attention du juge Stach, qui présidait le procès. Comme le jury avait déjà prononcé son verdict, le juge a refusé d'ajourner la détermination de la peine afin d'instruire une demande en annulation du procès parce qu'il s'estimait dessaisi.

[215] La question de la représentativité de la liste des jurés a donc été débattue pour la première fois devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a examiné de nombreux nouveaux éléments de preuve à cet égard. La cour a conclu à l'unanimité que, pour déterminer si l'Ontario avait rempli son obligation de fournir une liste des jurés représentative, il fallait se demander s'il avait déployé des efforts raisonnables pour donner aux groupes ayant des perspectives particulières une possibilité honnête d'être inscrits sur cette liste. La Cour d'appel a également rejeté, à l'unanimité, les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. La cour était cependant divisée sur l'issue de l'appel.

[216] Les juges LaForme et Goudge ont tous deux convenu, dans des motifs distincts, que les droits que M. Kokopenace tire des al. 11(d) et 11(f) avaient été violés parce que l'État n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour offrir aux résidents autochtones de réserves une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'État connaissait ou aurait dû connaître la grave sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés; que les mesures prises par l'État pour régler le problème étaient insuffisantes et très mal adaptées et que d'autres mesures s'imposaient pour remédier au problème à l'époque pertinente. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[217] Les deux juges majoritaires n'ont pas envisagé de la même façon les sphères d'action étatique où l'Ontario avait manqué à son obligation constitutionnelle. Selon le juge LaForme, l'État se heurtait à deux principaux problèmes auxquels il ne

problems: obtaining accurate up-to-date lists of Aboriginal on-reserve residents and addressing the deteriorating rate of return of the jury questionnaires. Goudge J.A.'s conclusion that Ontario failed to meet its obligations was based on its "failure to make reasonable efforts to facilitate delivery of questionnaires to Aboriginal on-reserve residents and to encourage responses to them" (para. 277).

[218] Rouleau J.A., dissenting, concluded that the state's efforts were sufficient to comply with its *Charter* obligations and would have dismissed the appeal. In his view, the state's efforts should be assessed by focusing on what was known at the time the jury roll was prepared. It is only after the compilation of the 2008 jury roll, with the publication of a report of the Honourable Frank Iacobucci on the issue of First Nations representation on juries in Ontario, that Ontario was made aware of the complexity of the issue: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). According to Rouleau J.A., viewed in light of the information known at the time, the state's efforts had been reasonable.

III. Analysis

A. *What Is the Content of the Right to Have a Representative Jury Roll?*

[219] This appeal raises specific questions about the representativeness of a jury roll in the District of Kenora. But these issues have to be viewed in the broader context of the place and purpose of jury trials in our system of criminal justice and the special meaning of representativeness in connection with s. 11 *Charter* rights.

s'était pas véritablement attaqué : obtenir les listes, à jour et exactes, des résidents autochtones de réserves et prendre des mesures pour améliorer le taux décroissant de renvoi des formules de rapport. Pour sa part, le juge Goudge a conclu que l'Ontario ne s'était pas acquitté de ses obligations parce qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas fait d'efforts raisonnables pour faciliter la distribution des formules aux résidents autochtones de réserves et pour les encourager à les retourner » (par. 277).

[218] Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l'État avait déployé des efforts suffisants pour respecter les obligations que la *Charte* lui impose et, par conséquent, il était d'avis de rejeter l'appel. Selon lui, pour mesurer les efforts de l'État, il fallait s'en tenir à ce qui était connu au moment de la préparation de la liste des jurés. Ce n'est qu'après l'établissement de la liste des jurés pour 2008 et après la publication du rapport de l'honorable Frank Iacobucci sur la représentation des Premières Nations sur les listes des jurés en Ontario que l'Ontario a été avisé de la complexité de la question (*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 »). Selon le juge Rouleau, compte tenu des renseignements connus à l'époque, les efforts de l'État étaient à son avis raisonnables.

III. Analyse

A. *En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?*

[219] Le présent pourvoi soulève des questions précises concernant la représentativité des listes des jurés dans le district de Kenora. Il faut cependant examiner ces questions à la lumière de la place qu'occupe le procès avec jury dans notre système de justice pénale et de son objet, compte tenu du sens particulier à donner à la représentativité lorsqu'il est question des droits que garantit l'art. 11 de la *Charte*.

(1) The Jury Trial in the Criminal Justice System

[220] In the Anglo-Canadian tradition of criminal justice, the jury is seen as a “bulwark of individual liberty” of accused persons and as a “vehicle of public education . . . lending the weight of community standards to trial verdicts”: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1309-10; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. The jury functions as a fact-finder, as the conscience of the community, as the ultimate protection against oppressive laws and oppressive law enforcement and as an educative institution through which members of the public directly participate in an important judicial process: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-14. The jury system is intended and ought to enhance the legitimacy of the criminal justice system in the eyes of the public. It puts real power in the hands of the people, giving members of the public both authority and responsibility for how the criminal law is applied in individual cases.

[221] To fulfill these important functions, a jury must be — and be perceived to be — representative of the community, competent in relation to its tasks, impartial and independent. That a jury actually possesses these qualities ultimately depends on who is selected for jury duty. Thus, compilation of the jury roll from which a petit jury is ultimately selected is of fundamental importance to both the fairness in fact and to the perceived fairness of the trial. Selection of a proper jury is the foundation of everything that follows at trial.

(2) The Place of Representativeness Within Section 11 Charter Rights

[222] In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal. Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*,

(1) Le procès avec jury dans le système de justice pénale

[220] Dans la justice pénale de tradition anglo-canadienne, le jury est considéré comme le « rempart des libertés individuelles » de l'accusé et comme « moyen d'éducation du public [. . .] incorporant les normes de la société aux verdicts des procès » (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1309-1310; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). Le jury exerce plusieurs fonctions : il est le juge des faits, la conscience de la collectivité, le rempart contre l'oppression des lois ainsi qu'une institution éducative par laquelle le public participe directement à un processus judiciaire important (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-15). Le système du jury est censé renforcer la légitimité du système de justice pénale aux yeux du public. Il confie un véritable pouvoir aux citoyens en leur donnant l'autorité et la responsabilité d'appliquer le droit pénal dans une affaire donnée.

[221] Pour remplir ces importantes fonctions, le jury doit être — et paraître — représentatif de la collectivité, compétent dans l'accomplissement de ses tâches, impartial et indépendant. La question de savoir si le jury possède effectivement ces qualités dépend des personnes choisies pour constituer le jury. C'est pourquoi l'établissement de la liste des jurés à partir de laquelle le petit jury est formé revêt une importance fondamentale pour l'équité réelle et perçue du procès. La formation d'un jury convenable constitue le fondement sur lequel repose toute l'instruction du procès.

(2) La place de la représentativité dans les droits que garantit l'art. 11 de la Charte

[222] Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. La représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par la

which are engaged with respect to persons “charged with an offence”, provide as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

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

. . .

(f) 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;

[223] It will be helpful to briefly set out several points about the contours of the right to a representative jury roll.

(a) *Randomness as a Proxy for Representativeness*

[224] Representativeness of the jury, while of fundamental importance, is nonetheless understood in an “inherently qualified” sense: C.A. reasons, at para. 31. The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random from within that community. When I refer to the requirement of representativeness, I am referring to representativeness in this sense. In the leading case of *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525, L’Heureux-Dubé J. explained that a jury will be sufficiently representative if the initial array (and I would add, the roll from which it is selected) is composed of a random selection made from appropriate sources:

Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries.

Charte. Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte*, qui s’appliquent aux inculpés, disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

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

. . .

f) 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;

[223] Il sera utile d’exposer brièvement quelques points concernant les paramètres du droit à une liste des jurés représentative.

a) *La sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité*

[224] La représentativité du jury, dont l’importance est fondamentale, est néanmoins interprétée dans un sens [TRADUCTION] « essentiellement restreint » (motifs de la C.A., par. 31). L’aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Je conçois l’obligation de représentativité exactement dans ce sens. Dans l’arrêt de principe *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525, la juge L’Heureux-Dubé explique qu’un jury sera suffisamment représentatif si le tableau initial (et j’ajouterais, la liste à partir de laquelle ce tableau est établi) résulte d’une sélection aléatoire issue de sources adéquates :

La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s’effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien.

[225] O’Leary J. put the same point well in *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (Alta. Q.B.), at p. 396:

Representativeness is guaranteed, first, by ensuring that as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected is representative of the whole community, and, secondly, by selecting jury panels from that pool on a random basis.

[226] Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. A petit jury is representative if it is properly selected from that roll. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

(b) *There Are Strong Reasons Supporting This Limited Understanding of Representativeness*

[227] Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury: race, gender, sexual orientation, marital status, political leanings, age, and economic status are only a few of the possibilities. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that is representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems. Going down that road would also inevitably lead to serious — and under our legal traditions, unacceptable — intrusions into the privacy of prospective jurors, many of whom would not be willing to reveal the sorts of personal characteristics or opinions included on the brief list I have set out.

[225] Le juge O’Leary a bien expliqué ce point dans le jugement *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (B.R. Alb.), p. 396 :

[TRADUCTION] La représentativité est garantie, premièrement, par l’assurance que le bassin ou la population à partir desquels sont établis les tableaux des jurés est, dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière et, deuxièmement, par la sélection aléatoire des tableaux des jurés à partir de ce bassin.

[226] Ainsi, la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l’issue d’un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Le petit jury est représentatif lorsqu’il est régulièrement sélectionné à partir de cette liste. Or, la sélection aléatoire n’est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s’applique quand il s’agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d’un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

(b) *D’importantes raisons étayent cette conception restrictive de la représentativité*

[227] Des raisons d’ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S’il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d’interminables débats s’ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques, dont la race, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, les allégeances politiques, l’âge et la situation économique. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d’un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d’ordre pratique insurmontables. En outre, s’engager dans cette voie entraînerait inévitablement une incursion grave — voire inacceptable selon nos traditions juridiques — dans la vie privée des candidats jurés, dont un grand nombre refuseraient de révéler ce genre de caractéristiques ou opinions personnelles que j’énumère précédemment.

[228] These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. While we attach great importance to the right to a representative jury roll, this does not imply, let alone require, that this right must trump all other considerations. We also attach great importance to the right to an impartial jury, yet we place strict limits on how that right may be pursued. We do not allow the parties to have prospective jurors examined by psychologists before trial; indeed, we greatly restrict the scope of questioning of prospective jurors in court, even in the context of a demonstrated cause for challenge: see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 51-56. Any number of other examples may be given from the criminal law where we do not pursue one right at the expense of others. There is nothing unusual, let alone "incongruous", about holding that the right to a representative jury roll must be balanced with and defined in light of other important rights and values, including other safeguards of jury impartiality. Moreover, protecting juror privacy may be understood as serving, not undermining, juror impartiality. As Moldaver J. wrote in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 42: "Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at that point are no more relevant than that of the presiding judge."

[229] The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle. But this case is highly unusual. Section 6(8) of the *Juries Act* singles out an obviously distinct group: Aboriginal on-reserve residents. What is even more unusual, the evidence confronts us with the stubborn fact that there are substantially fewer of them — nearly 30 percent fewer — on the jury roll than there would

[228] Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Certes, nous attachons une grande importance au droit à une liste des jurés représentative, mais il ne s'ensuit pas que ce droit l'emporte sur toutes les autres considérations. Nous attachons aussi une grande importance au droit à un jury impartial, et pourtant nous assortissons ce droit de limites strictes. Nous ne permettons pas aux parties de faire examiner les candidats jurés par des psychologues avant le procès; en fait nous restreignons grandement la portée de l'interrogatoire auquel sont soumis les candidats jurés dans la salle d'audience, même lorsqu'un motif de récusation est démontré (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 51-56). On peut nommer en droit criminel bien d'autres cas où un droit n'est pas protégé au détriment d'un autre. Il n'y a rien d'inhabituel, et encore moins d'« incongru », à conclure qu'il faut mettre en balance le droit à une liste des jurés représentative d'une part et les autres droits et valeurs importants, y compris d'autres mesures visant à assurer l'impartialité du jury, d'autre part et que le premier se définit à la lumière des autres. De plus, on peut concevoir que la protection de la vie privée des jurés ne mine pas, mais favorise, l'impartialité du jury. Pour reprendre les propos du juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, qu'il a exprimés au par. 42 : « Lorsqu'ils ont été choisis, les jurés deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience. »

[229] Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire. La présente affaire est toutefois très inhabituelle. Le paragraphe 6(8) de la *Loi sur les jurys* vise un groupe manifestement distinct : les résidents autochtones de réserves. Il est encore plus inhabituel que la preuve nous mette en présence du fait indiscutable qu'ils sont beaucoup moins nombreux sur

be in a random sample of potential jurors in the judicial district. It does not turn our tradition of jury selection upside down to deal with this; it is inconsistent with that tradition to ignore it.

[230] The rationale of the more limited, “randomness” approach to representativeness was well expressed by Rosenberg J.A. in *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21:

The right to a representative jury roll is not absolute in the sense that the accused is entitled to a roll representative of all of the many groups that make up Canadian society. This level of representativeness would be impossible to obtain. There are a number of practical barriers inherent in the selection process that make complete representativeness impossible. The roll is selected from a discrete geographical district which itself may or may not be representative of the broader Canadian society.

Further, the critical characteristic of impartiality in the petit jury is ensured, in part, by the fact that the roll and the panel are produced through a random selection process. To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. [Emphasis added.]

[231] The right to a representative jury roll therefore does not imply any right to be tried by a petit jury which proportionally represents the population. Nor is there a right to be tried by a jury whose members belong to the same group, race or gender as does the accused: *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 55-60, per McLachlin J.; *Church of Scientology*, at p. 121; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *Born with a Tooth*, at p. 397. (I note that the comments of McLachlin J.

la liste des jurés — et ce dans une proportion de près de 30 p. 100 — qu’ils ne le seraient dans un échantillon pris au hasard dans le district judiciaire. Nous attaquer à ce problème ne bouleversera pas notre tradition de sélection des jurés; en faire fi serait la renier.

[230] Dans l’arrêt *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121, le juge Rosenberg a bien expliqué la conception stricte de la représentativité, qui repose sur une sélection aléatoire :

[TRADUCTION] Le droit à une liste des jurés représentative n’est pas absolu si on entend par là qu’elle est représentative de chacun des nombreux groupes dont la société canadienne est composée. Un tel degré de représentativité est impossible à atteindre. De nombreux obstacles concrets propres au processus de sélection rendent la représentativité intégrale impossible. La liste est dressée à partir d’un district géographique précis, lequel peut ou non être représentatif de la société canadienne en général.

En outre, l’impartialité du petit jury est une caractéristique fondamentale qui est assurée, en partie, par le fait que la liste et le tableau sont issus d’un processus de sélection au hasard. Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques perçues nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus indiscret, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés des renseignements concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [Je souligne.]

[231] En conséquence, le droit à une liste des jurés représentative n’emporte pas le droit d’être jugé par un petit jury qui représente, toutes proportions gardées, la population, ni celui d’être jugé par un jury dont les membres appartiennent au même groupe, à la même race ou au même sexe que l’accusé (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 55-60, la juge McLachlin; *Church of Scientology*, p. 121; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *Born with a Tooth*, p. 397). (Je signale

(as she then was) in *Biddle* relate to the composition of a *petit* jury; the Court has at least twice affirmed the requirement that the *jury array* be representative: *Sherratt*, at p. 525, per L'Heureux-Dubé J. for the majority; *Williams*, at paras. 45-47, per McLachlin J. (as she then was) for the Court.)

[232] Representativeness as we understand it is thus largely dependent on the jury roll from which potential jurors are selected because a random selection of persons from that roll is deemed to be sufficiently representative.

[233] Let me be crystal clear. The focus of this analysis is on the process of random selection because this is, in our legal tradition, a proxy for representativeness. A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll as in *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection *process* does not mean that the *results* of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. The process used in this case produced results that obviously and significantly departed from any result that could be obtained by a proper process of random selection. Unlike my colleague Moldaver J., my view is that we should not ignore the results when they plainly show, as they do here, a significant departure from a properly conducted random selection process.

(c) *Representativeness and Impartiality Are Distinct But Related Concepts*

[234] Representativeness should not be confused or equated with impartiality. But representativeness is part of an interlocking set of protections which,

que les remarques de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Biddle* portaient sur la composition du *petit* jury; la Cour a confirmé à au moins deux reprises l'obligation quant à la représentativité du *tableau des jurés* (*Sherratt*, p. 525, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires; *Williams*, par. 45-47, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au nom de la Cour.)

[232] La représentativité telle que nous la concevons dépend donc largement de la liste des jurés utilisée pour la sélection des candidats jurés puisqu'une sélection au hasard des noms tirés de cette liste est réputée satisfaire au critère de représentativité.

[233] Je tiens à être très clair. L'analyse est axée sur le processus de sélection aléatoire parce qu'il est, dans notre tradition juridique, l'instrument de la représentativité. Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste, comme cela s'est produit dans l'affaire *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le *processus* de sélection aléatoire ne signifie pas que les *résultats* du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. En l'espèce, le processus a produit des résultats qui se démarquent manifestement et considérablement de ceux qu'aurait produits une sélection aléatoire en bonne et due forme. Contrairement à mon collègue, le juge Moldaver, j'estime qu'on ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement, comme dans la présente affaire, un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

c) *La représentativité et l'impartialité sont des notions distinctes, mais connexes*

[234] Il ne faudrait pas confondre représentativité et impartialité. La représentativité s'inscrit dans un ouvrage de protections qui contribuent à

together, help to assure impartiality and contribute to public confidence. These include instructions from the trial judge, submissions from counsel, challenges to the jury array, the trial judge's authority to screen out partial jurors and the challenge for cause process: see, e.g., *Williams*, at para. 47. As L'Heureux-Dubé J. put it in *Sherratt*:

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 . . . [Emphasis added; p. 525.]

[235] Under ss. 629 and 630 of the *Criminal Code*, an accused person or the prosecutor may challenge the “array” — i.e. the panel of jurors summoned for jury selection — on grounds of “partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or other officer by whom the panel was returned”: see also Ewaschuk, at pp. 17-5 and 17-6. This sort of challenge is made before trial. Such challenges have been made, for example, where there was evidence that the sheriff had a policy of not including Aboriginal people in the array and where the array was assembled using long outdated lists which excluded tens of thousands of eligible jurors: *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.); *Buckingham*.

[236] The trial judge has considerable discretion to excuse jurors whose impartiality is questioned: *Criminal Code*, ss. 632 and 633. The parties also have the right to exercise peremptory challenges and the opportunity to challenge for cause, which are provided for by ss. 634 to 638 of the *Criminal Code*: see also *Williams*, at para. 47; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 334.

[237] These opportunities to assure impartiality in fact work with the requirement of representativeness

assurer l'impartialité du jury et la confiance du public. Il s'agit notamment des directives du juge et des avocats, de la récusation du tableau des jurés, du pouvoir du juge d'écarter les jurés partiaux et du processus de récusation motivée (voir p. ex. *Williams*, par. 47). Pour reprendre les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Sherratt* :

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 . . . [Je souligne; p. 525.]

[235] Aux termes des art. 629 et 630 du *Code criminel*, l'accusé ou le poursuivant peut demander la récusation du tableau des jurés, soit ceux qui ont été assignés pour constituer le jury, pour l'un des motifs suivants : « . . . partialité, fraude ou inconduite délibérée du shérif ou des autres fonctionnaires qui ont constitué le tableau » (voir également Ewaschuk, p. 17-5 et 17-6). Les demandes de ce genre sont présentées avant le procès. La récusation a été demandée, par exemple, dans un cas où la preuve avait établi que le shérif avait pour principe de n'inscrire aucun Autochtone au tableau et un autre où le tableau avait été créé à partir de registres depuis longtemps périmés sur lesquels ne figuraient pas des dizaines de milliers de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés (*R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.); *Buckingham*).

[236] Le juge du procès a un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de dispenser les jurés dont l'impartialité est mise en doute (*Code criminel*, art. 632 et 633). Les parties ont également le droit de récuser péremptoirement un juré et la possibilité de procéder à la récusation motivée, prévus aux art. 634 à 638 du *Code criminel* (voir également *Williams*, par. 47; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 334).

[237] Ces moyens de garantir l'impartialité, conjugués à l'obligation de représentativité, visent à

to ensure an impartial jury whose views and attitudes are anchored in the community in which the trial takes place. The resulting jury is thus a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *Sherratt*, at p. 524.

[238] All of these protections, including the requirement of representativeness, are especially important in the context of potential racial prejudice. As the present Chief Justice wrote in *Williams*, racial prejudice is “insidious”. It is “[b]uried deep in the human psyche” and rests on “preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals” (para. 21). A jury roll that is representative of the community is more likely to result in a petit jury that can avoid these often unconscious effects of racism. Indeed, our law of challenge for cause is premised on representativeness in this sense: *ibid.*, at para. 42. If that premise is not sound, the interlocking protections of impartiality as a whole are weakened.

[239] *Williams* also teaches us to be sceptical about “slippery slope” arguments used to oppose efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection. It is suggested by my colleague that addressing the race-based underrepresentation that confronts in this case will make it “virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country” so that the “administration of criminal justice would suffer a devastating blow”: Moldaver J., at para. 83. Similar contentions were advanced in opposition to race-based challenges for cause in *Williams*: see paras. 51-56. They were rejected and the sky has not fallen. They should be rejected here as well.

[240] There are many obvious concrete and practical steps that could be taken to address this problem.

produire un jury impartial dont les membres ont des points de vue et des attitudes ancrés dans la collectivité où se tient le procès. Le jury ainsi produit est donc un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[238] Toutes ces protections, y compris l’obligation de représentativité, sont particulièrement importantes dans un contexte où les préjugés raciaux sont possibles. Pour reprendre les propos de la Juge en chef actuelle dans *Williams*, les préjugés raciaux sont d’une nature « insidieuse ». Ces notions « [p]rofondément enracinées dans la psyché humaine » reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu’ils s’en rendent compte » (par. 21). Une liste des jurés représentative de la collectivité donnera vraisemblablement un petit jury qui pourra éviter ces effets souvent inconscients du racisme. D’ailleurs, les règles relatives à la récusation motivée sont fondées sur le principe de la représentativité entendue en ce sens (*ibid.*, par. 42). Si la prémisse n’est pas solide, l’ouvrage des protections de l’impartialité s’en trouve en entier affaibli.

[239] L’arrêt *Williams* nous enseigne également de nous méfier des arguments dits « du doigt dans l’engrenage » que l’on pourrait invoquer pour s’opposer aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés. Mon collègue propose que si on voulait remédier à la sous-représentation fondée sur la race qui est en cause dans le présent litige, il « serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays » de telle sorte que « l’administration de la justice pénale en souffrirait énormément » (motifs du juge Moldaver, par. 83). Des arguments semblables avaient été avancés dans l’affaire *Williams* en opposition à la récusation fondée sur la race (voir par. 51-56). À l’époque, ils ont été rejetés, et le ciel ne nous est pas tombé sur la tête. De même, il faut les rejeter en l’espèce.

[240] Il existe de nombreux moyens évidents de s’attaquer concrètement au problème. Par exemple,

Some of these, for example, are outlined in the reasons of Goudge J.A. in the Court of Appeal: see, e.g., para. 273. One such obvious step — and one which was not taken — was to make “a concerted effort to determine from Aboriginal on-reserve leaders why the response rates were so comparatively low, or what the state might do to help” (para. 265). Goudge J.A. concluded that “there are and were things the state could do to alleviate the problem, had it investigated” (para. 274). Or as LaForme J.A. summed it up: “. . . the state’s actions show that it almost entirely failed to inform its approach with an understanding of its special relationship with Aboriginal people There is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210).

(d) *Representativeness and Sections 11(f) and 11(d) of the Charter*

[241] Section 11(f) — guaranteeing a right to a jury trial for offences punishable by five years in prison or a more severe penalty — enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component. L’Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, at p. 524, noted that the jury “was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” and that “[a]ny other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body.” I touched on these rationales earlier. They include bringing collective wisdom to the task of fact-finding, acting as the conscience of the community, providing a bulwark against oppressive laws or their enforcement, serving as a means by which the public may increase its knowledge of the criminal justice system and through that knowledge increase societal trust in the system as a whole: *Sherratt*, at pp. 523-24.

certain sont esquissés dans les motifs du juge Goudge de la Cour d’appel (voir p. ex. par. 273). L’un de ces moyens évidents — mais qui n’a pas été pris — consistait à faire [TRADUCTION] « des efforts concertés pour déterminer, après consultation des chefs des réserves autochtones, les causes du faible taux de réponse au sein de celles-ci par rapport au taux à l’extérieur des réserves ou les mesures étatiques qui permettraient d’améliorer la situation » (par. 265). Selon le juge Goudge, « il y a et il y avait des solutions pour remédier à ce problème, si l’État les avait cherchées » (par. 274). Ou encore, comme le résume le juge LaForme de la Cour d’appel : [TRADUCTION] « . . . les actes de l’État démontrent qu’il a presque fait complètement fi de la relation spéciale qu’il entretient avec les Autochtones [. . .] Rien ne prouve que l’État a tenu compte de la marginalisation critique des Autochtones dans le système de justice pénale [. . .] dans sa façon d’aborder le problème de leur représentation au sein des jurys » (par. 210).

d) *La représentativité et les al. 11f) et 11d) de la Charte*

[241] L’alinéa 11f) — le droit de bénéficier d’un procès avec jury si l’on est accusé d’une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou d’une peine plus grave — constitutionnalise l’institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante. Dans l’arrêt *Sherratt*, la juge L’Heureux-Dubé souligne à la p. 524 que le jury « [est] con[çu] [. . .] comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » et que « [t]oute autre vision risque d’aller à l’encontre des motifs mêmes de l’existence d’une telle institution. » J’aborde précédemment ces motifs : la qualité de juge des faits du jury repose sur la sagesse collective des jurés; il exprime la conscience de la collectivité; il sert de rempart contre les lois oppressives ou leur application; il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle; et, grâce à cette connaissance, il accroît la confiance de la société dans l’ensemble du système (*Sherratt*, p. 523-524).

[242] Representativeness therefore “brings to the jury function . . . the possibility of different perspectives from a diverse group of persons” and “seeks to avoid the risk that persons with these different perspectives . . . will be systematically excluded from the jury roll”: *Church of Scientology*, at p. 122. It follows that representativeness is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury: *Sherratt*, at p. 525. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the “conscience of the community” and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. It is therefore seen as an element of that right: *Sherratt*, at pp. 523-25; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43, per McLachlin C.J.; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (Sask. Q.B.); *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, at paras. 132-43; *Church of Scientology*, at p. 119.

[243] In addition to the role that representativeness plays in actualizing the right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, it is also one of the components which ensure that the jury is “an independent and impartial tribunal” under s. 11(d). In *Williams*, this Court included a “representative jury pool” as one of the “essential safeguard[s] of the accused’s s. 11(d) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury”: para. 47; see also *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 42; *Davey*, at para. 30; *Parks*, at p. 336. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). For example, in *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the court found that the sheriff’s complete failure to obtain lists of Aboriginal on-reserve residents resulted in a jury roll that was not representative and, relying on s. 11(d) of the *Charter*, declared the selection process for the array to be fatally flawed *ab initio*. In the context of a coroner’s inquest, the Ontario Court of Appeal also stated that the effective exclusion of Aboriginal people could be

[242] Par conséquent, la représentativité [TRANSDUCTION] « assortit les fonctions du jury [. . .] de la possibilité qu’un groupe hétérogène présente des points de vue différents » et « vise à faire en sorte que des personnes avec ces points de vue différents [. . .] ne risquent pas d’être systématiquement exclues de la liste des jurés » (*Church of Scientology*, p. 122). Il s’ensuit que la représentativité constitue l’une des caractéristiques fondamentales d’un jury régulièrement formé (*Sherratt*, p. 525). La représentativité, tout comme l’impartialité, est essentielle pour que l’institution du jury joue son rôle de « conscience de la collectivité » et pour que l’al. 11f) ait un véritable effet (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). La représentativité est conçue comme une partie intégrante de ce droit (*Sherratt*, p. 523-525; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43, la juge en chef McLachlin; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (B.R. Sask.); *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, par. 132-143; *Church of Scientology*, p. 119).

[243] En plus du rôle qu’elle joue pour donner effet au droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, la représentativité constitue l’un des éléments qui font du jury « un tribunal indépendant et impartial » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11d). Dans l’arrêt *Williams*, la Cour précise qu’un « tableau des jurés représentatif » constitue une « garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l’al. 11d) de la *Charte* confère à l’accusé » (par. 47; voir également *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 42; *Davey*, par. 30; *Parks*, p. 336). Les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s’il y a eu violation à l’al. 11d). Par exemple, dans l’affaire *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a conclu que l’omission par le shérif d’obtenir des registres de résidents autochtones de réserves avait donné lieu à une liste des jurés qui n’était pas représentative et, sur le fondement de l’al. 11d) de la *Charte*, a déclaré que le processus de sélection du tableau des jurés était irrémédiablement vicié *ab initio*. Dans le

fatal to the jury roll: *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

[244] As it is guaranteed under ss. 11(d) and 11(f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons “charged with an offence”, not of particular groups or the community at large. Thus, to the extent that the representativeness is an aspect of the rights guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, it does not follow that there is a corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group, to be included on a jury roll, jury array, or petit jury.

(3) When Does a Defect in the Representativeness of the Jury Roll Constitute a Breach of Sections 11(f) and 11(d)?

[245] Generally, in order to achieve a representative jury roll that will satisfy the requirement of representativeness under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, two things are necessary.

[246] First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. As was said in *Born with a Tooth*, “as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected [should be] representative of the whole community” (p. 396). The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district.

[247] Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of

contexte d’une enquête du coroner, la Cour d’appel de l’Ontario a également affirmé que l’exclusion effective des Autochtones pouvait vicier la liste des jurés (*Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321).

[244] Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l’« inculpé », et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Par conséquent, si la représentativité constitue un aspect des droits garantis aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, ces dispositions ne confèrent pas pour autant un droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d’une liste de jurés, d’un tableau de jurés ou d’un petit jury.

(3) Quand la non-représentativité de la liste des jurés constitue-t-elle une violation des al. 11f) et 11d)?

[245] En général, pour obtenir une liste des jurés représentative qui satisfera généralement à l’obligation de représentativité visée aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réunies.

[246] Premièrement, les registres à partir desquels sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatifs du district. Ainsi que l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Born with a Tooth*, [TRADUCTION] « le bassin ou la population à partir duquel sont établis les tableaux des jurés [devrait être], dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière » (p. 396). La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si le registre des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complet et aussi exact que possible et qu’il ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district.

[247] Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire du registre.

notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

(4) The Court of Appeal's Test

[248] The Court of Appeal set out a test to determine whether the state had complied with its constitutional obligations to ensure that jury trials are conducted before representative juries. The court held that what is required is “reasonable efforts to seek to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included”: para. 50, per LaForme J.A. I respectfully disagree with two aspects of this approach.

[249] First, and unlike my colleague Moldaver J., I would not express the test in terms of the state providing a “fair opportunity” for particular perspectives to be included. This approach skews whose right is at stake and whose obligation it is to comply. Speaking of a “fair opportunity” to be included takes the focus off the fact that under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, the right to a representative jury roll is the right of the accused, not of those who ought to have been included on the roll. Moreover, this “fair opportunity” formulation also takes the focus off the state’s constitutional obligation to provide a representative jury. We do not speak of a “fair opportunity” to have a fair trial or issuing an “invitation” to be free of unreasonable searches and seizures. Respectfully, it seems to me to be inconsistent with basic principles of *Charter* rights to speak in terms of a “fair opportunity” to have a representative jury. I do not see any “fair opportunity” standard in ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

L’État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d’avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d’influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard dans le registre, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n’est alors plus l’instrument de la représentativité.

(4) Le critère énoncé par la Cour d’appel

[248] La Cour d’appel a énoncé un critère visant à déterminer si l’État avait rempli ses obligations constitutionnelles de garantir que les procès avec jury sont tenus devant des jurys représentatifs. Selon elle, il faut démontrer [TRADUCTION] « des efforts raisonnables pour tenter de donner aux résidents autochtones de réserves, un groupe ayant des points de vue distincts, une possibilité honnête d’être représentés » (par. 50, le juge LaForme). Je ne partage malheureusement pas leur avis sur deux points.

[249] Premièrement, à mon avis, et contrairement à celui du juge Moldaver, il ne faut pas concevoir le critère comme étant celui de savoir si l’État donne ou non une « possibilité honnête » à des points de vue en particulier d’être représentés. Par cette approche, on confond le bénéficiaire du droit en jeu et le détenteur de l’obligation. Dans l’expression « possibilité honnête » d’être représenté, l’accent n’est plus sur le fait que le droit à une liste des jurés représentative appartient à l’inculpé, aux termes des al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*, mais il est davantage sur ceux qui auraient dû être inscrits sur la liste. Qui plus est, dans cette expression l’accent n’est plus sur l’obligation constitutionnelle de l’État de garantir un jury représentatif. Par ailleurs, on ne parle jamais d’une « possibilité honnête » de bénéficier d’un procès équitable ou d’une « invitation » à être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Soit dit en tout respect, il me semble que la notion de « possibilité honnête » d’avoir un jury représentatif n’est pas conforme aux principes consacrés dans la *Charte*. J’estime qu’il n’y a dans les al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte* aucune norme fondée sur une « possibilité honnête ».

[250] Second, I would not adopt the “reasonable efforts” standard for determining whether a limitation of the right has occurred proposed by the Court of Appeal and adopted by Moldaver J. In my opinion, this approach is disconnected from a proper analysis of the *Charter* right at stake. The “reasonable efforts” standard makes it easy to lose sight of the fact that it is the state’s responsibility to comply with the *Charter* and that it is the right of an accused person to be tried by a jury selected in accordance with the *Charter*. It is the state’s constitutional obligation not to breach people’s *Charter* rights, not simply to make “reasonable efforts” not to do so. Moreover, the “reasonable efforts” standard glosses over the question of whether the limitation of the right is the result of state action.

(5) Representativeness and State Action

[251] The *Charter* protects against interference *by the state* with guaranteed rights: s. 32. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 73-78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paras. 126 and 131-34. This does not require that the state action be “the only or the dominant cause” of the limitation provided that there is a “real, as opposed to a speculative, link” between the alleged limitation and the state action: *Bedford*, at para. 76. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has also been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation and, in my view, this threshold applies in the context of this case.

[250] Deuxièmement, je n’adopterais pas la norme des « efforts raisonnables », afin de déterminer s’il y a eu restriction du droit, proposée par la Cour d’appel et adoptée par mon collègue, le juge Moldaver. Cette approche s’éloigne, à mon avis, de l’analyse applicable au droit garanti par la *Charte* dont il est question. La norme des « efforts raisonnables » nous fait facilement perdre de vue le fait que la responsabilité de se conformer à la *Charte* incombe à l’État et que le droit de bénéficier d’un procès avec jury sélectionné d’une manière conforme à la *Charte* appartient à l’inculpé. L’État a l’obligation constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*; il ne suffit pas qu’il déploie des « efforts raisonnables » en ce sens. En outre, la norme des « efforts raisonnables » évacue la question de savoir si la restriction imposée au droit résulte d’une action de l’État.

(5) La représentativité et les actions de l’État

[251] La *Charte* protège contre les interventions attentatoires *de l’État* (art. 32). Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu’il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l’État. La question qui se pose est celle de savoir s’il existe un lien suffisant entre les actes de l’État et la restriction du droit, de sorte qu’il est possible d’affirmer que cette limite est le fait de l’État (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 73-78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 126 et 131-134). Il n’est pas nécessaire que l’action de l’État soit « l’unique ou la principale cause » de la restriction pourvu qu’il existe « un lien réel, et non hypothétique » entre la restriction reprochée et l’action de l’État (*Bedford*, par. 76). Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l’art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l’égard d’autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne. J’estime que ce critère convient dans la présente affaire.

[252] For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, an equality case under s. 15 of the *Charter*, Iacobucci J. explained that claimants must demonstrate that the state either “wholly caused, or contributed to”, the adverse effects (pp. 764-65). More recently, in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, Abella J. took a similar approach to the causal link, stating that “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory” (para. 332). Importantly, she also rejected an approach which would internally limit equality rights by looking at the reasonableness of state action, concluding that this was a matter best left for the justification analysis under s. 1 of the *Charter* (para. 333).

[253] A similar requirement of sufficient connection also underlies this Court’s jurisprudence on the s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time. In these cases, any action of the Crown which contributes to delay, including systemic problems, such as limits on institutional resources, will be weighed against the Crown: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at pp. 795-96. In other words, every delay which has a sufficient connection to state action will be taken into consideration when deciding whether the state has breached the accused’s right to be tried within a reasonable time.

[254] A similar approach is also evident under provincial human rights legislation. In *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, an adverse effects discrimination case under British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, this Court stated that a *prima facie* breach exists when state action had the result of denying a student meaningful access to the mandated objectives of public education based on a protected ground (para. 36). Whether the claimant has

[252] Par exemple, dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, une affaire soulevant le droit à l’égalité protégé par l’art. 15 de la *Charte*, le juge Iacobucci explique que les demandeurs doivent démontrer que les effets préjudiciables ont été « causés en totalité ou en partie » par l’État (p. 764-765). Plus récemment, dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, la juge Abella adopte un critère similaire en matière de causalité et indique que « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » (par. 332). Fait important, elle rejette également une approche selon laquelle les droits à l’égalité seraient restreints par une limitation interne fondée sur le caractère raisonnable des actes étatiques, et conclut qu’il vaut mieux examiner cette question dans l’analyse relative à la justification que commande l’article premier de la *Charte* (par. 333).

[253] Une exigence semblable fondée sur l’existence d’un lien de causalité suffisant sous-tend la jurisprudence de la Cour sur le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) de la *Charte*. Suivant ces affaires, les actes du ministère public qui contribuent à retarder l’instance, notamment les problèmes systémiques comme la pénurie de ressources institutionnelles, jouent contre lui (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 795-796). En d’autres termes, les lenteurs ayant un lien de causalité suffisant avec une action de l’État sont prises en compte dans l’analyse visant à déterminer si ce dernier a violé le droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable.

[254] Une approche semblable ressort également des lois provinciales en matière de droits de la personne. Dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, une affaire de discrimination par suite d’effets préjudiciables fondée sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 210, la Cour affirme qu’il y a, à première vue, infraction si l’action de l’État a pour résultat de priver un élève de l’accès concret aux services découlant de la mission

established the necessary link between the state action and the limitation of a *Charter* right is essentially a question of fact.

[255] As I see it, the starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative in the sense that I have described. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action; in other words, is there a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state? In my view, in order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it.

[256] With respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between these two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so. As I see it, it is only in this sense that a "reasonable efforts" notion has a role to play in considering whether a sufficient connection to state action exists. The basic question is whether the claimant has established a sufficient connection between state action and the limitation of the right.

de l'éducation publique pour un motif protégé (par. 36). La question de savoir si le demandeur a établi l'existence du lien nécessaire entre l'action de l'État et la restriction du droit garanti par la *Charte* est essentiellement une question de fait.

[255] J'estime que le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative au sens que j'ai décrit. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État; en d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État? À mon avis, pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité à le régler.

[256] Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre les deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir. C'est, à mon sens, uniquement à cet égard que la notion d'« efforts raisonnables » peut jouer un rôle dans l'examen de la question de savoir s'il existe un lien suffisant avec l'action de l'État. La question fondamentale est celle de savoir si le demandeur a établi l'existence d'un lien suffisant entre l'action de l'État et la restriction du droit.

(6) The “Negative Prohibition” and “Unintentional Exclusion” Approaches Must Be Rejected

[257] In light of this analysis, I respectfully reject the Crown’s submission that the right to a representative jury roll simply means that the state cannot improperly exclude groups from the jury roll. Similarly, I cannot accept my colleague Karakatsanis J.’s position that “the unintentional exclusion of a small community . . . does not undermine the representativeness of the jury roll” (para. 180). The premises underlying both propositions are inconsistent with basic *Charter* principles. The state is not only responsible for its purposeful conduct that limits rights but also for the unintended and undesired effects of its acts or omissions. Courts have always looked at the purpose *and* the effect of state action in order to determine its constitutionality: “. . . both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation” (*Big M Drug Mart*, at p. 331). In my view, accepting the proposition that a *Charter* breach occurs only if the state’s conduct is intentional or otherwise improper would be a significant and unwelcome departure from this Court’s *Charter* jurisprudence.

[258] Moreover, these “negative prohibition” and “unintentional exclusion” standards would do little to provide the accused with the jury he or she is entitled to in cases where there are systemic problems with the inclusion in the jury roll of certain groups in the judicial district where the accused is tried. It would mean that, as long as the state does not improperly or intentionally exclude a group such as Aboriginal on-reserve residents, it has no other obligation to provide a representative jury roll. This is not, in my view, consistent with the *Charter* right to a representative jury roll.

(6) L’approche « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » doivent être rejetées

[257] Compte tenu de l’analyse qui précède, je rejette l’argument du ministère public selon lequel le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut irrégulièrement exclure certains groupes de cette liste. De même, je ne peux souscrire à l’opinion de ma collègue, la juge Karakatsanis, selon laquelle « l’exclusion involontaire d’une petite collectivité [. . .] ne mine pas la représentativité de la liste des jurés » (par. 180). Les fondements sur lesquels reposent les deux propositions ne cadrent pas avec les principes fondamentaux de la *Charte*. L’État est non seulement responsable de sa conduite attentatoire délibérée, mais aussi des effets involontaires et non souhaitables de ses actions ou omissions. Les tribunaux ont toujours analysé *et* l’objet *et* l’effet de l’action étatique pour en déterminer la constitutionnalité : « . . . l’objet et l’effet d’une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l’un et l’autre rendre une loi invalide » (*Big M Drug Mart*, p. 331). À mon avis, en acceptant qu’une violation de la *Charte* ne puisse découler que d’un acte intentionnel ou fautif de la part de l’État, on déroge grandement et à mauvais droit à la jurisprudence de la Cour.

[258] Qui plus est, la norme « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » font peu pour assurer à l’accusé le jury auquel il a droit dans les cas où l’inscription de certains groupes à la liste des jurés dans le district judiciaire où l’accusé subit son procès présente des problèmes systémiques. Il en résulterait que, pourvu qu’il n’exclue pas irrégulièrement ou intentionnellement un groupe — par exemple, les résidents autochtones de réserves —, l’État n’aurait à s’acquitter d’aucune autre obligation quand il s’agit de fournir une liste des jurés représentative. J’estime que cette approche n’est pas conforme au droit garanti par la *Charte* à une liste des jurés représentative.

B. *Was There a Breach of That Right in Mr. Kokopenace's Case?*

(1) Was the Jury Roll Representative?

[259] The first question, as I see it, is whether the jury roll assembled for use in this case met the standard of representativeness required by the *Charter*. This case does not require us to pronounce comprehensively on what constitutes a sufficiently representative jury roll. This case concerns a situation in which, by anyone's reckoning, the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce. In the particular and exceptional facts of this case, we know this because (i) on-reserve residents are overwhelmingly Aboriginal people; (ii) on-reserve residents constitute about 30 percent of the adult population of the judicial district; and (iii) on-reserve residents constitute about 4 percent of the jury roll. Thus we have a substantially different jury roll than would be produced by a proper process of random selection because of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. If that does not constitute a failure to assemble a representative jury roll, I have difficulty understanding what would.

(2) Is the Lack of Representativeness Attributable to State Action?

[260] The more challenging question is whether the lack of representativeness is sufficiently linked to state action or inaction. What is required is not a strict causal connection but rather a sufficient connection, as outlined earlier.

[261] There were four matters that potentially contributed to the jury roll's lack of representativeness and I will consider each in turn.

[262] We should remember that the Ontario Court of Appeal was the court of first instance on the issue of representativeness. In these circumstances, the factual findings of the majority of the Court of

B. *Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?*

(1) La liste des jurés était-elle représentative?

[259] La première question qui se pose, à mon avis, est de savoir si la liste des jurés préparée en l'espèce répondait à la norme de représentativité exigée par la *Charte*. Point n'est besoin de se prononcer sur les caractéristiques d'une liste des jurés suffisamment représentative. En l'espèce, quiconque évaluerait la situation conviendrait que la liste ne l'était pas, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Les faits particuliers et exceptionnels de l'espèce permettent de tirer ce constat pour les raisons suivantes : (i) les résidents de réserves sont en très grande majorité autochtones; (ii) les résidents de réserves constituent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire; (iii) les résidents des réserves constituent environ 4 p. 100 des noms figurant sur la liste des jurés. Par conséquent, la liste des jurés diffère nettement de celle qui aurait résulté d'un processus de sélection aléatoire en bonne et due forme, car les résidents autochtones de réserves y sont sous-représentés. S'il ne s'agit pas là du défaut de produire une liste des jurés représentative, j'ai du mal à imaginer ce qui pourrait l'être.

(2) La non-représentativité est-elle attribuable à une action de l'État?

[260] Il est plus difficile de déterminer si la non-représentativité est suffisamment liée à une action ou à une omission de l'État. Il faut démontrer non pas un lien de causalité strict, mais plutôt un lien suffisant comme je l'explique précédemment.

[261] Quatre problèmes ont peut-être contribué à la non-représentativité de la liste des jurés et je les examinerai à tour de rôle.

[262] Il ne faut pas oublier que la Cour d'appel de l'Ontario était le tribunal de première instance relativement à la question de la représentativité. Ainsi, les conclusions de fait des juges majoritaires

Appeal, like those of a court of first instance, are entitled to deference: *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34, at para. 2; *Yumnu*, at para. 17; *Davey*, at paras. 64-65. It follows that this Court “may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn . . . unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable”: *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at para. 9; see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 19 and 21-25; *Bedford*, at paras. 48-56.

(a) *The Lists of Aboriginal On-Reserve Residents*

[263] There were a number of concerns with the lists of on-reserve residents from which names were selected at random to receive jury notices and questionnaires. While Goudge J.A. was of the view that these problems, on their own, would not sufficiently undermine representativeness, he shared the view of LaForme J.A. in relation to the nature of the problems.

[264] The lists, of course, are not required to be perfect. But they are required to be substantially representative of the community in the district because these lists are the foundation that allows randomness to be a proxy for representativeness. The degree of representativeness is assessed in accordance with the goal of using random selection as a proxy for representativeness. The lists will be defective if they are significantly different than a random selection of potentially eligible jurors in the district.

[265] In the fall of 2007, there were no lists at all for four First Nations in the district and out-of-date lists for 32 First Nations. These out-of-date lists were the 2000 band lists provided by the federal government for the last time in that year. As LaForme J.A. concluded, these lists included only persons 18 years of age or over, and therefore became increasingly inaccurate with the passage of time. This, he noted, was a special problem for populations residing on reserves, which are generally disproportionately young. There were more current

de la Cour d’appel, tout comme celles d’un tribunal de première instance, commandent la déférence (*R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34, par. 2; *Yumnu*, par. 17; *Davey*, par. 64-65). Il s’ensuit que les juges de notre Cour « ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait [. . .] à moins qu’elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables » (*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, par. 9; voir également *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 19 et 21-25; *Bedford*, par. 48-56).

a) *Les registres des résidents autochtones de réserves*

[263] Les registres des résidents des réserves ayant servi à la sélection aléatoire des personnes à qui ont été envoyés les avis de sélection de juré et les formules de rapport posaient problème. Si le juge Goudge était d’avis que ces problèmes ne compromettraient pas à eux seuls la représentativité, il partageait l’opinion du juge LaForme quant à leur nature.

[264] Point n’est besoin que les registres soient parfaits. Ils doivent être toutefois essentiellement représentatifs de la population du district, car c’est sur leur fondement que la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Le degré de représentativité s’évalue en fonction de l’objectif selon lequel le recours à la sélection aléatoire devient l’instrument de la représentativité. Les registres seront viciés s’ils diffèrent nettement du résultat auquel on arriverait si on sélectionnait au hasard des personnes habiles à être jurés dans le district.

[265] À l’automne 2007 dans le district, aucun registre n’avait été établi à l’égard de quatre Premières Nations, et les registres de 32 autres étaient périmés. Ces derniers dataient de l’an 2000, la dernière année où le gouvernement fédéral avait fourni des registres des bandes. Ainsi que l’a conclu le juge LaForme, seules les personnes âgées de 18 ans et plus à l’époque y figuraient. Par conséquent, la fiabilité de ces registres diminuait chaque année depuis 2000. Cette situation, a-t-il souligné, posait un problème particulier, car en général la population

lists available for the remaining 10 First Nations, but they too were defective. The lists used for several of the reserves included off-reserve band members even though the s. 6(8) process is supposed to reach only potential jurors on reserves.

[266] Compiling these lists is quintessentially a state function. It is a core state function to know how many inhabitants it has and where they live. Moreover, under provincial legislation — the *Juries Act* — the sheriff has a duty to obtain lists of on-reserve residents as otherwise they would be completely excluded from the jury roll. I therefore think that the “reasonable efforts” approach is not relevant here. While the state does not have to prepare perfect lists, the lists must be broad-based and substantially representative of the district. The accused does not have to show that the defective lists, on their own, were the only or even a substantial cause of the lack of representativeness in this jury roll. Because it applied the “reasonable efforts” approach, the Court of Appeal did not address the issue of a sufficient connection between state action and the lack of representativeness. In my view, the accused here has shown a sufficient connection because the inadequacy of the lists inevitably contributed in some degree to the lack of representativeness of the jury.

[267] The Crown argues, in effect, that the defective lists had no impact on representativeness in this case. The problems with this assertion are that (i) it is based on a conception of representativeness that is restricted to improper exclusion, and (ii) it assumes the lists have to be the only cause in order to conclude that they are linked to the lack of representativeness. When applying the proper standard of sufficient connection, the Crown’s argument fails. The many inaccuracies in the outdated lists as well as the complete omission of four Aboriginal reserves had more than a theoretical or speculative connection with jury representativeness.

des réserves est disproportionnellement jeune. Des registres plus à jour existaient pour les 10 autres Premières Nations, mais ceux-ci comportaient également leur lot de problèmes. Les registres utilisés pour plusieurs réserves comportaient le nom de membres vivant hors réserve même si la procédure prévue au par. 6(8) est censée recruter uniquement des candidats jurés habitant une réserve.

[266] La préparation de ces registres ressortit essentiellement à l’État. Dénombrer ses habitants et connaître leur adresse constitue l’une de ses fonctions fondamentales. De plus, aux termes de la loi provinciale — la *Loi sur les jurys* —, le shérif est tenu d’obtenir les registres des résidents de réserves, à défaut de quoi ceux-ci seraient totalement exclus de la liste des jurés. J’estime, en conséquence, que l’approche fondée sur les « efforts raisonnables » ne s’applique pas en l’espèce. Certes, point n’est besoin pour l’État de préparer des registres parfaits, mais ceux-ci doivent résulter d’un vaste échantillonnage et être sensiblement représentatifs du district. Il n’incombe pas à l’inculpé de prouver que les registres lacunaires étaient la cause unique ou substantielle de la non-représentativité de la liste des jurés. Comme elle avait adopté l’approche fondée sur les « efforts raisonnables », la Cour d’appel n’a pas abordé la question du lien suffisant entre l’action de l’État et la non-représentativité. À mon avis, l’accusé en l’espèce a démontré l’existence d’un lien suffisant parce que les registres lacunaires ont inévitablement contribué dans une certaine mesure à la non-représentativité du jury.

[267] En fait, le ministère public soutient que les registres lacunaires n’ont eu aucune incidence sur la représentativité en l’espèce. Les défauts de cette affirmation sont les suivants : (i) elle est fondée sur une conception de la non-représentativité qui est limitée à l’exclusion irrégulière et (ii) elle implique, pour qu’il y ait non-représentativité, que les registres en soient l’unique cause. Si on applique la bonne norme, celle du lien suffisant, l’argument du ministère public échoue. Les nombreuses inexactitudes contenues dans les registres périmés ainsi que l’absence totale de quatre réserves autochtones avaient un lien plus que théorique ou conjectural avec la représentativité du jury.

(b) *The Delivery of the Jury Notices and Questionnaires*

[268] My colleague Moldaver J. concludes that the state has a duty to make reasonable efforts to deliver the jury notices, but concludes that such efforts — which he characterizes as an “aggressive approach” — were made (para. 121). My colleague’s conclusion, however, is contrary to the factual findings of the majority of the Court of Appeal which are entitled to deference.

[269] Goudge J.A. found that the delivery of the jury notices and questionnaires was a significant problem. LaForme J.A. also noted that the state’s failure to evaluate the number of notices and questionnaires returned “undelivered”, along with the response rate, “blinded [the state] to evidence of what was actually occurring” (para. 89). It seems to me that the delivery of notices and questionnaires to prospective jurors is also quintessentially a state responsibility. I cannot think of who else’s responsibility it would be. And once again, complete success is not required. What is required is sufficient delivery that ensures that the randomness of the sample is not undermined by defective delivery. That standard was not met here.

[270] In 2008, nearly 28 percent of the notices mailed to on-reserve residents in the District of Kenora were returned by the post office undelivered. This compares with an overall provincial rate of under 6 percent for the same year. Goudge J.A. found that the delivery rates were “markedly worse” for Aboriginal on-reserve residents and that notices to those persons were “significantly less likely to be delivered” (para. 258). He also found that the government’s response to this challenge was “inattention” and “inaction” and that over the years, including for the 2008 jury roll, “virtually nothing was done” to determine the causes of this problem or to formulate potential solutions (paras. 260-62). He concluded that none of the state’s efforts from 2001 to 2008 addressed the delivery problem. I see no reason to question Goudge J.A.’s finding that “[t]he delivery problem therefore presented a challenge that the state had to address” (para. 258 (emphasis added)). To the same effect, LaForme J.A.

(b) *La distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport*

[268] Mon collègue, le juge Moldaver, est d’avis que l’État a l’obligation de faire des efforts raisonnables pour distribuer les avis de sélection de juré et conclut qu’il s’en est acquitté en l’occurrence en s’attaquant « à ces problèmes avec énergie » (par. 121). Or, l’avis de mon collègue est contraire aux conclusions de fait des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui commandent la déférence.

[269] Selon le juge Goudge, la distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport posait un problème important. Le juge LaForme a également souligné qu’en omettant de quantifier les avis retournés avec la mention « non distribuable » et de calculer le taux de réponse, [TRADUCTION] « [l’État] a fermé les yeux sur ce qui se passait réellement » (par. 89). Il me semble que la distribution des avis et formules de rapport aux candidats jurés ressortit également essentiellement à l’État. J’imagine difficilement à qui d’autre cette responsabilité pourrait incomber. Et, je le répète, la perfection n’est pas exigée; ce qu’il faut, c’est une distribution adéquate qui garantit que le caractère aléatoire de l’échantillon n’est pas compromis. Il n’a pas été satisfait à cette norme en l’espèce.

[270] En 2008, près de 28 p. 100 des avis envoyés aux résidents de réserves dans le district de Kenora ont été retournés à l’expéditeur par le bureau de poste parce qu’ils étaient non distribuables. En comparaison, le taux global pour la province s’établissait à moins de 6 p. 100 pour la même année. Le juge Goudge a conclu que le taux de distribution était [TRADUCTION] « bien pire » pour les résidents autochtones de réserves et que les avis destinés à ces personnes étaient « beaucoup moins susceptibles d’être distribués » (par. 258). Il a également conclu que l’État avait réagi à cette difficulté par un « manque de vigilance » et « l’inaction » et qu’au fil des ans, y compris lorsqu’est venu le temps de préparer la liste des jurés de 2008, « rien pour ainsi dire n’avait été fait » pour arrêter les causes de ce problème ou pour y trouver des solutions (par. 260-262). Il a conclu qu’aucune mesure prise par l’État entre 2001 et 2008 ne s’attaquait au problème de distribution. Je ne vois aucune raison de mettre en

concluded that despite the state being well aware of the low response rate (to which, of course, non-delivery contributes) “[its] causes were never investigated so that different modalities of engagement could be undertaken” (para. 208).

[271] I conclude that the state is responsible for defective delivery and that there is a sufficient connection between defective delivery and lack of representativeness.

(c) *The Return Rates of Aboriginal On-Reserve Residents*

[272] The third problem related to rates of return of the jury questionnaires. This problem seems to me to raise a distinct sort of issue in relation to whether it is sufficiently linked to state action.

[273] The return of the jury questionnaires requires the individuals to complete and mail back the forms that they have received. While the state has some capacity to address this matter, the low rate of returns cannot be attributed solely to the state. Individuals also have a responsibility to comply with their legal obligation to respond to the notices. It follows that in assessing the connection between state action and the lack of representativeness in relation to the return rate, we must take into account “the practical limits of the system of justice”: *Find*, at para. 28, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193. As I have explained above, in this context, the reasonable efforts approach of the Court of Appeal is useful, not in defining the constitutional standard, but as a factor in assessing whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action or inaction. If the state has taken all reasonable steps in relation to matters which it has the capacity to address, judged in light of all of the circumstances, it cannot be held responsible for the unsuccessful result.

doute la conclusion du juge Goudge selon laquelle « [l]e problème de distribution en était un auquel l’État devait s’attaquer » (par. 258 (je souligne)). Le juge LaForme est arrivé à une conclusion semblable, soit que même si l’État était bien conscient du faible taux de réponse (qui tient compte évidemment des avis non distribués), « [ses] causes n’ont jamais été analysées pour que d’autres modes de mobilisation puissent être adoptés » (par. 208).

[271] Je conclus que l’État est responsable de la distribution inadéquate et qu’il existe un lien suffisant entre cette distribution inadéquate et la non-représentativité.

c) *Le taux de réponse des résidents autochtones de réserves*

[272] Le troisième problème concerne le taux de renvoi des formules de rapport. Il soulève à mon avis une tout autre question dans l’analyse de l’existence d’un lien suffisant avec une action de l’État.

[273] Les destinataires des avis doivent remplir les formules et les retourner par la poste. Bien que l’État ait un rôle à jouer à cette étape, le faible taux de réponse ne peut lui être reproché exclusivement. Les particuliers doivent pour leur part s’acquitter de leur obligation légale, qui consiste à répondre à l’avis. Il s’ensuit que, pour évaluer le lien entre l’action de l’État et la non-représentativité, quant au taux de réponse, il faut tenir compte « des limites pratiques du système de justice » (*Find*, par. 28, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). Comme je l’explique précédemment, dans le présent contexte, l’approche de la Cour d’appel fondée sur les efforts raisonnables est utile, non pas pour définir la norme constitutionnelle, mais parce qu’elle permet d’établir l’existence ou l’inexistence d’un lien suffisant entre la restriction du droit et l’action ou l’omission de l’État. Si l’État a pris toutes les mesures jugées raisonnables à la lumière de l’ensemble des circonstances pour régler les problèmes à l’égard desquels il est en mesure d’agir, il ne saurait être tenu responsable de l’échec de ces mesures.

[274] This does not mean that the state can simply wash its hands of the problem. As Goudge J.A. put it, the state's obligation extends beyond compiling lists and sending out notices; it also includes encouraging responses to them. The Ministry's own policy underlines the importance of monitoring return rates, stating that evaluating this aspect "is of extreme importance to the management of our jury system": LaForme J.A., at para. 88, citing PDB #563, 1996 Ministry of the Attorney General policy directive.

[275] It follows that I respectfully disagree with the contention of the Crown and the views of my colleague Moldaver J. that there is little responsibility on the state in relation to returns. The Crown argues that the province's efforts to address the low return rates were reasonable but failed to solve the problem because "the factors contributing to the low response rates are varied, complex, and reach beyond the immediate control of the state": A.F., at para. 78. My colleague Moldaver J. agrees and would hold that the state "was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process" (para. 95). Therefore, as long as the state has provided a "fair opportunity for a broad cross-section of society to participate" (para. 2), it has fulfilled its constitutional obligation.

[276] In my respectful opinion, these views do not give sufficient weight to the accused's *Charter* rights. We are concerned here with the right of an accused to a representative jury roll and with the state's obligation to provide one. Even with respect to matters not fully under the state's control, state responsibility is engaged when it fails to take reasonable steps to overcome the factors contributing to the lack of representativeness. The majority of the Court of Appeal found that those reasonable steps were not taken.

[274] Il ne s'ensuit pas pour autant que l'État peut simplement s'en laver les mains. Comme l'a dit le juge Goudge, l'obligation de l'État ne s'arrête pas à la préparation des registres et à la distribution des avis; il lui incombe également d'encourager les destinataires à y répondre. La politique même du Ministère souligne à quel point il importe de suivre de près le taux de réponse : l'évaluation de cet aspect précise-t-elle [TRADUCTION] « est extrêmement importante pour la gestion de notre système du jury » (le juge LaForme, par. 88, citant la note de service PDB n° 563, Directive d'orientation du ministère du Procureur général, 1996).

[275] Par conséquent, je ne puis malheureusement souscrire à la prétention du ministère public et à l'opinion de mon collègue, le juge Moldaver, que la responsabilité de l'État à l'égard du taux de réponse est minime. Selon le ministère public, les efforts que la province a déployés à cet égard étaient raisonnables, mais ils n'ont pu régler le problème parce que [TRADUCTION] « les causes du faible taux de réponse sont multiples, complexes et dépassent la sphère de contrôle immédiate de l'État » (m.a., par. 78). Mon collègue, le juge Moldaver, partage ce point de vue et est d'avis que l'État « n'était pas [...] obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés » (par. 95). Par conséquent, pourvu que l'État ait donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer » (par. 2), il a respecté son obligation constitutionnelle.

[276] À mon humble avis, ces points de vue n'accordent pas suffisamment d'importance aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Il est question en l'espèce du droit de l'accusé à une liste des jurés représentative et de l'obligation de l'État de lui en fournir une. L'État engage sa responsabilité, même à l'égard des aspects qui dépassent sa sphère de contrôle, lorsqu'il ne prend pas des mesures raisonnables visant à contrer les facteurs qui contribuent à la non-représentativité. Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, de telles mesures n'avaient pas été prises.

[277] The facts in relation to the return rate problem are canvassed comprehensively in the reasons of LaForme J.A. and I need not repeat all of the detail that he provides. Those facts abundantly support the conclusion that, as Goudge J.A. put it, “[b]y 2008, therefore, the comparatively low rate of return from Aboriginal on-reserve residents had been well known by the state for a number of years as a significant contributing cause of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll for the Kenora District” (para. 249). Goudge J.A. also found that “[o]ff-reserve [return] rates were typically four or five times higher than for on-reserve residents. . . . [T]he state knew of this discrepancy for a number of years. Its impact on the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll is obvious” (para. 263). I cannot improve on the way Goudge J.A. summed up his assessment of the state’s efforts:

. . . the state left the serious challenge of low response rates with a junior employee. Through her, the state response, repeated year after year up to and including the 2008 jury roll, can only be described as a failure. No attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses.

I do not think that a failed response, coupled with a failure to explore other steps the state might have taken to help, can be said to constitute the reasonable efforts required of the state to address this problem The challenge of low response rates was serious. It required more from the state. [paras. 275-76]

[278] I conclude that the low response rate was attributable in part to the state’s lack of reasonable efforts to address it and that the response rate is sufficiently connected to the lack of representativeness.

[277] Le juge LaForme présente en long et en large les faits qui concernent le problème du taux de réponse et il n’y a pas lieu d’en reprendre tous les détails. Ces faits étayaient amplement la conclusion selon laquelle, pour reprendre les termes employés par le juge Goudge, [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, en 2008, l’État savait bien, depuis quelques années, que le faible taux de réponse des résidents autochtones de réserves contribuait de manière importante à leur sous-représentation dans la liste des jurés annuelle dans le district de Kenora » (par. 249). Le juge Goudge a également conclu que « [l]e taux [de réponse] hors réserve était généralement quatre ou cinq fois plus élevé que le taux pour les résidents des réserves. [. . .] [L]’État était au courant de cet écart depuis quelques années. L’incidence de cette réalité sur la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste annuelle des jurés est évidente » (par. 263). Le juge Goudge a si bien résumé ce qu’il pensait des efforts de l’État que je ne saurais faire mieux :

[TRADUCTION] . . . l’État a délégué le grave problème du faible taux de réponse à une employée subalterne. Le procédé appliqué par cette dernière, au nom de l’État, d’année en année jusqu’en 2008 pour l’établissement de la liste des jurés n’est rien de moins qu’un échec. Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles que l’État pourrait mettre en place.

J’estime qu’une stratégie inefficace conjuguée à l’absence d’autres mesures que l’État aurait pu prendre pour améliorer la situation ne sauraient équivaloir aux efforts raisonnables que l’État doit déployer pour remédier à ce problème [. . .] Le faible taux de réponse constituait un grave problème qui exigeait davantage de la part de l’État. [par. 275-276]

[278] Je conclus que le faible taux de réponse était en partie attribuable à l’absence d’efforts raisonnables par l’État pour y remédier et qu’il existe un lien suffisant entre le taux de réponse et la non-représentativité.

(d) *The Estrangement of Aboriginal Peoples
From the Canadian Criminal Justice System*

[279] Finally we come to broader, systemic factors that undoubtedly contribute to the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls. There is no doubt that underlying all of the facts and numbers about lists, deliveries and return rates, much broader factors are in play. These include the dissonance between traditional Aboriginal approaches to conflict resolution and the approaches of the criminal justice system, the historic discrimination in that system experienced by Aboriginal peoples and their lack of understanding of the system: C.A. reasons, at para. 272, per Goudge J.A.; Iacobucci Report, at paras. 209-30.

[280] As the Iacobucci Report states, “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history” (para. 209). Despite the fact that this is perhaps the most important factor responsible for the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls, until very recently there have been no concerted efforts to engage with Aboriginal leaders in order to determine the cause of the problem and what the state could do.

[281] The Crown would have us ignore these considerations because the *Charter* right to a representative jury roll is not an appropriate tool to address them. My colleague Moldaver J. agrees. Again, my colleague believes that the state is not required to address systemic problems contributing to the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system in order to achieve its representativeness obligation. These views, as I see it, overlook the state’s responsibility for these factors and thus its responsibility to make reasonable efforts to address them. Having played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them in the context of complying

d) *La marginalisation des peuples autochtones
dans le système de justice pénale au Canada*

[279] Nous examinons enfin les grands facteurs systémiques qui contribuent sans l’ombre d’un doute à la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés. Il est indubitable que derrière tous ces faits et tous ces chiffres concernant les registres, la distribution et les taux de réponse jouent des facteurs fondamentaux, dont l’opposition entre les principes traditionnels autochtones de règlement des conflits et ceux du système de justice pénale, la discrimination de longue date envers les peuples autochtones dans ce système et une connaissance insuffisante du système (motifs de la C.A., par. 272, le juge Goudge; rapport Iacobucci, par. 209-230).

[280] Ainsi que l’indique le juge Iacobucci dans son rapport : « [L]e principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire » (par. 209). Même s’il s’agit peut-être du plus important facteur de sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés, jusqu’à tout récemment l’État n’avait pas déployé d’efforts concertés pour déterminer avec les chefs autochtones la cause du problème et le rôle que l’État pourrait jouer dans sa résolution.

[281] Le ministère public nous invite à faire fi de ces considérations parce qu’invoquer le droit à une liste des jurés représentative garanti par la *Charte* n’est pas le bon moyen de remédier à la situation. Mon collègue, le juge Moldaver, est de cet avis. Il estime que l’État n’est pas tenu de s’attaquer aux problèmes systémiques qui contribuent à la marginalisation des peuples autochtones au sein du système de justice pénale pour respecter son obligation relative à la représentativité. À mon sens, ces points de vue font abstraction de la responsabilité de l’État à l’égard de ces facteurs et, du coup, de sa responsabilité de déployer des efforts raisonnables pour régler la situation. Vu son rôle important dans la

with an accused's constitutional right to a representative jury roll.

[282] We must first be clear what the phrase “systemic problems” in this context refers to. It is a euphemism for, among other things, racial discrimination and Aboriginal alienation from the justice system. In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *Williams*, this Court recognized the problem of systemic bias and discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system.

[283] This Court in *Gladue* accepted the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples and of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba to the effect that the criminal justice system in Canada has failed to take account of the “substantially different cultural values and experiences of aboriginal people” (paras. 62-63). In *Williams*, this Court accepted that there is widespread bias against Aboriginal people and noted that there is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system (para. 58). Moreover, as LaForme J.A. observed, *Gladue* and *Williams* recognized that the overrepresentation of Aboriginal people as accused was “only the tip of the iceberg in terms of the ways in which the criminal justice system was failing Aboriginal peoples. The under-representation of Aboriginal people on the jury roll illustrates another part of the same iceberg, sharing the same root causes: a relationship marked by tensions originating in the colonial era” (para. 144).

[284] To ignore racial discrimination against Aboriginal people in the context of assembling a jury roll would be in marked contrast to the approach that this Court has taken to racial discrimination against Aboriginal people in relation to sentencing Aboriginal offenders. In *Gladue*, for example, the

création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier lorsqu'il est appelé à respecter le droit constitutionnel d'un accusé à une liste des jurés représentative.

[282] D'abord et avant tout, que veut dire l'expression « problèmes systémiques » dans le présent contexte? C'est un euphémisme qui désigne notamment la discrimination raciale et la marginalisation des Autochtones dans le système de justice. Dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *Williams*, la Cour a reconnu l'existence d'un problème de préjugés et de discrimination systémiques contre les Autochtones ayant des démêlés avec la justice.

[283] La Cour dans l'arrêt *Gladue* fait siennes les conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones et de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba selon lesquelles le système de justice pénale au Canada ne tient pas compte des « valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones » (par. 62-63). Dans l'arrêt *Williams*, la Cour reconnaît l'existence de préjugés largement répandus contre les Autochtones et, selon elle, la preuve révèle que ce racisme s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale (par. 58). En outre, comme le juge LaForme l'a fait observer, la Cour dans ces deux arrêts reconnaît que la surreprésentation des Autochtones sur le banc des accusés [TRADUCTION] « n'est que la partie émergée de l'iceberg que représente l'ensemble des ratés du système de justice pénale à l'égard des peuples autochtones. La sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés équivaut à une autre partie de cet iceberg, qui découle des mêmes causes fondamentales : une relation mise à mal par des tensions qui remontent à l'ère coloniale » (par. 144).

[284] Faire fi de la discrimination raciale des Autochtones lorsqu'il s'agit de préparer les listes des jurés trancherait nettement avec l'approche de la Cour à l'égard de la discrimination raciale contre ces peuples lorsqu'il s'agit de déterminer la peine des délinquants autochtones. Par exemple, dans l'arrêt

overrepresentation of Aboriginal people in correctional institutions was recognized to be a “sad and pressing social problem” which sentencing innovation, on its own, could not address: para. 64; see also paras. 58 and 65. The Court nonetheless stressed the importance of following Parliament’s direction to take the circumstances of Aboriginal offenders into account. In *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the Court directly addressed the contention that sentencing is not an appropriate means of addressing overrepresentation (para. 64). The Court flatly rejected this stance, citing the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba:

Despite the magnitude of the problems, there is much the justice system can do to assist in reducing the degree to which Aboriginal people come into conflict with the law. It can reduce the ways in which it discriminates against Aboriginal people and the ways in which it adds to Aboriginal alienation. [para. 69]

(Citing *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 111.)

The Court concluded that “[t]he sentencing process is . . . an appropriate forum for addressing Aboriginal overrepresentation in Canada’s prisons” (para. 70).

[285] In the same way, in my respectful view, the assembly of representative jury rolls — a constitutional duty — is an appropriate forum to address racial discrimination against Aboriginal people and Aboriginal alienation from the justice system. While there are, as in the case of Aboriginal overrepresentation in correctional institutions, many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* provides a basis for action, not an excuse for turning a blind eye.

Gladue, la Cour reconnaît que la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels constitue un « problème social attristant et urgent » que des pratiques innovatrices en matière de détermination de la peine ne peuvent régler à elles seules (par. 64; voir également par. 58 et 65). La Cour souligne néanmoins qu’il importe de tenir compte de la situation des délinquants autochtones, comme le veut le législateur. Dans l’arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, la Cour répond directement à l’argument voulant que la détermination de la peine ne soit pas un moyen valable de lutte contre la surreprésentation (par. 64). La Cour rejette catégoriquement cette position, citant l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba :

[TRADUCTION] Malgré l’ampleur des problèmes, le système de justice peut contribuer de beaucoup à la réduction de la délinquance chez les Autochtones. Il peut réduire les formes de discrimination qu’il opère à l’encontre des Autochtones et les façons dont il accroît leur aliénation. [par. 69]

(Citant le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 111.)

La Cour conclut que « [l]e processus de détermination de la peine offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes » (par. 70).

[285] De même, à mon humble avis, la préparation d’une liste des jurés représentative — une obligation constitutionnelle — offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la discrimination raciale contre les Autochtones et de la marginalisation de ces derniers dans le système de justice. Certes, comme dans le cas de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels, des causes profondes contribuent à leur sous-représentation dans les listes des jurés. Or la *Charte* sert de tremplin, pas de prétexte pour faire la sourde oreille.

[286] In my view, the state has contributed to these broadly systemic problems and, failing reasonable efforts to overcome them in the context of jury under-representation, the state action or inaction is sufficiently linked to the under-representativeness of the jury roll in respect of Aboriginal people. There is no doubt that this is the case here. LaForme J.A. concluded that “[t]here is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system and the administration of justice . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210). Similarly, Goudge J.A. concluded that “the fundamental estrangement of Aboriginal people from the justice system is a relevant consideration. . . . The need to address this estrangement simply enhances the importance of the state’s efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with the opportunity to be included in the annual jury roll” (para. 241). He noted, as well, that “[n]o attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses” (para. 275).

(e) *Conclusion on the State’s Responsibility*

[287] To conclude on this point: of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two (the lists and delivery) were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two (the poor return rate and Aboriginal disengagement) were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. The majority in the Court of Appeal also found that, prior to 2008, additional steps could and should have been taken to address the under-representation issue if proper attention had been paid to the problem and appropriate steps taken to investigate in a timely way. I see no basis upon which we could interfere with these findings on appeal.

[288] For these reasons, I cannot accept the view of my colleague Moldaver J. that the majority of the

[286] J’estime que l’État a contribué à ces problèmes largement systémiques et, en ne déployant pas des efforts raisonnables pour les régler dans le contexte de la sous-représentation au sein des jurys, son action ou omission présente un lien suffisant à la sous-représentativité de la liste des jurés en ce qui a trait aux Autochtones. Il ne fait aucun doute que c’est le cas en l’espèce. Le juge LaForme a conclu que [TRADUCTION] « [r]ien ne prouve que l’État a tenu compte de l’importante marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale et l’administration de la justice [. . .] dans sa réponse au problème de la représentation au sein des jurys » (par. 210). De même, le juge Goudge a indiqué que [TRADUCTION] « la marginalisation fondamentale des Autochtones dans le système de justice est un facteur pertinent. [. . .] La nécessité de lutter contre cette marginalisation fait simplement ressortir l’importance des efforts que l’État doit fournir afin de donner aux résidents autochtones de réserves la possibilité de figurer sur la liste annuelle des jurés » (par. 241). Il a également fait la remarque suivante : « Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles à mettre en place » (par. 275).

e) *Conclusion sur la responsabilité de l’État*

[287] Pour conclure, parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux (les registres et la distribution) incombaient à l’État, et il était en son pouvoir de s’en acquitter. Les deux autres (le faible taux de réponse et la marginalisation des Autochtones) étaient des problèmes auxquels l’État pouvait remédier en partie, mais il n’a pas déployé d’efforts raisonnables pour ce faire. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont aussi conclu qu’avant 2008, l’État aurait pu et aurait dû prendre d’autres mesures pour s’attaquer au problème de la sous-représentation s’il y avait prêté l’attention voulue en temps opportun. Rien ne justifie de modifier ces conclusions en appel.

[288] Pour ces motifs, je ne puis souscrire au point de vue de mon collègue le juge Moldaver

Court of Appeal engaged in “hindsight” reasoning. The reasons of both LaForme and Goudge J.J.A. meticulously record their assessment of the evidence about what the state knew or ought to have known at the relevant times. It is not open to us to choose to read the record differently than they did.

[289] I am not suggesting that the state will fail in its representativeness obligation until the day that Aboriginal estrangement from the criminal justice system has completely disappeared. But the intractable dimensions and complexity of the problem do not provide an excuse for the state’s failure to make appropriate efforts in the context of complying with the constitutional obligation to provide for a representative jury roll.

[290] I conclude that there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused’s right to a representative jury roll as guaranteed under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

C. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[291] Section 24(1) of the *Charter* grants courts a wide discretion to craft remedies that are “appropriate and just . . . in the circumstances”: see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 55-57; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 30-33. In approaching the exercise of the remedial discretion exercised by the majority of the Court of Appeal, we may only intervene if it misdirected itself on the law or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 48; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

selon lequel les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont livrés à un examen « rétrospectif ». Les motifs des juges LaForme et Goudge relatent méticuleusement leur appréciation de la preuve quant à ce que l’État savait ou aurait dû savoir à l’époque. Il ne nous est pas loisible d’y substituer notre propre interprétation.

[289] Je ne dis pas que l’État ne pourra pas s’acquitter de son obligation quant à la représentativité tant que la marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale ne sera pas complètement éliminée. Cependant, l’ampleur et la complexité inouïes du problème ne sauraient servir de prétexte à l’État pour refuser de déployer des efforts adéquats lorsqu’il s’agit de respecter l’obligation constitutionnelle de fournir une liste des jurés représentative.

[290] J’estime qu’il existe un lien suffisant entre l’action et l’omission de l’État d’une part et la non-représentativité de la liste des jurés d’autre part pour conclure que l’État a porté atteinte au droit de l’accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

C. *Quelle réparation convient-il d’accorder?*

[291] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* accorde au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation qu’il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » (voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55-57; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30-33). Dans l’examen du pouvoir discrétionnaire en matière de réparation exercé par les juges majoritaires de la Cour d’appel, il nous est permis d’intervenir uniquement s’ils se sont fondés sur des considérations erronées en droit ou si leur décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 48; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48).

[292] Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. If the breach is raised at the time of jury selection, an order directing that a new roll be prepared may be the appropriate remedy. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all of the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice.

[293] In this case, for three reasons, I conclude that the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion to order a new trial. In all of the circumstances here, the failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice. In my view, courts have traditionally been slow to excuse serious problems in jury selection as mere technicalities and we should not do so here; the failure of the state here resulted in a drastic under-representation on the basis of race; and, finally, the accused person shares the race of those excluded from appropriate representation on the jury roll.

(1) A Properly Constituted Jury Is Not a Technicality

[294] A properly constituted jury is the foundation of a fair trial and of a trial that will enhance the respect in the community for the administration of justice. For this reason, the courts have repeatedly been very reluctant to dismiss errors in the jury selection process as mere "technicalities". For example, in the old case of *Morin v. The Queen* (1890),

[292] Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si l'atteinte est invoquée au moment de la sélection du jury, la réparation convenable pourrait prendre la forme d'une ordonnance prescrivant la préparation d'une nouvelle liste. En revanche, si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire pourrait constituer la réparation convenable pourvu que l'accusé n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances.

[293] En l'espèce, trois raisons m'amènent à conclure que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Eu égard à toutes les circonstances de la présente affaire, l'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public envers l'administration de la justice. À mon avis, les tribunaux ont traditionnellement hésité à excuser les problèmes graves entachant la sélection d'un jury en les assimilant à de simples questions de forme, ce que nous devons nous garder de faire en l'espèce; l'omission de l'État dans la présente affaire a entraîné une sous-représentation critique fondée sur la race; enfin, l'accusé appartient à la race même du groupe sous-représenté sur la liste des jurés.

(1) Un jury régulièrement formé n'est pas une simple question de forme

[294] Un jury régulièrement formé constitue le fondement d'un procès équitable et d'un procès qui valorisera l'administration de la justice dans la collectivité. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont souvent eu des scrupules à excuser les erreurs dans le processus de sélection des jurés comme une simple « question de forme ». Par exemple,

18 S.C.R. 407, Ritchie C.J. (dissenting in the result but in the majority with respect to jury selection) said this:

... the objection taken [to the process of jury selection] is not raised on a mere technicality but is that the jury to whom the prisoner shall be given in charge shall be legally selected, chosen and sworn . . .

Believing then as I do, that the prisoner has not had a legal trial I cannot by my voice send him to the gallows. [pp. 425-26]

[295] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated: “. . . 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 (emphasis added)).

[296] In *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, in a very succinct judgment, the Saskatchewan Court of Appeal expressed a similar sentiment, holding that “[a] process that systematically excludes, either by design or unwittingly, an identifiable group from serving on a jury may be a sufficient ground for vacating a conviction made by a jury selected by that process” (p. 122). This view was subsequently reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Butler*, in the context of allegations that the sheriff deliberately excluded Aboriginal people from the jury roll. The court held that such conduct could be illegal and result in an improperly constituted jury which would then have no jurisdiction. Since the trial judge had failed to investigate the jury selection issue, a new trial was ordered (pp. 259-60).

[297] In *Barrow*, Dickson C.J. once again emphasized the fundamental importance of jury selection. He explained that “selection of an impartial jury is crucial to a fair trial”; that the accused, the Crown and the public all have the right “to be sure

dans l’ancien arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie (dissident quant au résultat, mais l’un des juges majoritaires sur la question de la sélection des jurés) tient les propos suivants :

[TRADUCTION] . . . l’objection [au processus de sélection des jurés] ne concerne pas une simple question de forme, mais le principe selon lequel le jury à qui le prisonnier sera confié doit être sélectionné, choisi et assermenté conformément à la loi . . .

Puisque j’estime que le prisonnier n’a pas bénéficié d’un procès légal, je ne puis le faire envoyer à la potence. [p. 425-426]

[295] Dans l’arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour déclare : [TRADUCTION] « . . . dans l’administration de la justice pénale, 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 (je souligne)).

[296] Dans l’arrêt très succinct *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, la Cour d’appel de la Saskatchewan a exprimé un sentiment semblable : [TRADUCTION] « Le processus qui, délibérément ou non, exclut systématiquement un groupe identifiable des fonctions de jurés peut justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité prononcée par le jury sélectionné à l’issue de ce processus » (p. 122). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a réitéré ce point de vue dans l’affaire *Butler*, où il avait été allégué que le shérif avait délibérément exclu des Autochtones de la liste des jurés. La cour a conclu que de tels actes pouvaient être illégaux et engendrer un jury irrégulièrement constitué qui serait alors dépourvu de compétence. Comme le juge du procès n’avait pas examiné la sélection des jurés, la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée (p. 259-260).

[297] Dans l’arrêt *Barrow*, le juge en chef Dickson a à son tour souligné l’importance fondamentale de la sélection des jurés. Pour reprendre ses propos, « [l]a formation d’un jury impartial est cruciale pour qu’il y ait procès équitable »; l’accusé, le ministère

that the jury is impartial and the trial fair” and that on this “depends public confidence in the administration of justice” (p. 710). He also emphasized another key point: the importance — the “crucial” importance — of the appearance of justice, namely “the public perception of the fairness of the proceedings” (p. 715).

[298] Thus, it is not a full answer to an objection to how the jury was selected to say that the accused has not shown that the trial was in fact unfair. To treat this as a full answer ignores the important consideration of the appearance of fairness. Any significant failure of the jury selection process has the potential to “reflec[t] on the fairness of the entire trial”: *Barrow*, at p. 719.

[299] Most recently, the Court in *Yumnu* confirmed that conduct within and surrounding the jury selection process may constitute a miscarriage of justice even if the accused has otherwise had a fair trial. Conduct which constitutes “a serious interference with the administration of justice” and offends “the community’s sense of fair play and decency” constitutes a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered (para. 79). If the breach “is so serious that it destroys the appearance of justice and fairness of the trial”, it is unnecessary to enquire into whether the accused suffered an actual prejudice: *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 39; see also *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), at pp. 638-39.

[300] The Crown submits that the failure of counsel to raise the issue before trial should be relevant to the appropriateness of the remedy: defence counsel was aware of the low representation of Aboriginal on-reserve residents and testified that he was familiar with the decision of Stach J. in *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), which dealt with the issue of representativeness of Aboriginal on-reserve residents. The Crown says that there is an inconsistency between this testimony and the respondent’s submission that counsel was not made aware of the issue until after conviction.

public et le public ont tous le droit « d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » et « la confiance du public dans l’administration de la justice en dépend » (p. 710). Il a également insisté sur un autre point essentiel : l’importance « cruciale » que justice paraisse être rendue, soit « l’impression chez le public que la procédure est équitable » (p. 715).

[298] En conséquence, il ne suffit pas d’opposer à l’objection relative à la sélection des jurés que l’accusé n’a pas établi le caractère inéquitable de son procès, car ce serait négliger le facteur important qu’est l’apparence d’équité. Toute lacune importante dans le processus de sélection des jurés éventuellement « se répercute sur l’équité du procès tout entier » (*Barrow*, p. 719).

[299] Plus récemment, dans l’arrêt *Yumnu*, la Cour confirme que toute conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, peut donner lieu à une erreur judiciaire même si l’accusé a à tous autres égards bénéficié d’un procès équitable. La conduite qui constitue « une entrave sérieuse à l’administration de la justice » et heurte « le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » entraîne une erreur judiciaire et commande la tenue d’un nouveau procès (par. 79). Si l’atteinte [TRADUCTION] « est tellement grave qu’elle détruit l’apparence de justice et d’équité du procès », il n’est pas nécessaire de vérifier si l’accusé a réellement subi un préjudice (*R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 39; voir également *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), p. 638-639).

[300] Selon le ministère public, le fait que l’avocat de la défense n’a pas soulevé le problème avant le procès devrait entrer en ligne de compte dans le choix de la réparation convenable : l’avocat était au courant de la faible représentation des résidents autochtones de réserves et il a affirmé à l’audience connaître la décision du juge Stach dans l’affaire *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), qui traitait de la représentativité de cette population. Le ministère public affirme que cette déclaration contredit l’argument de l’intimé selon lequel l’avocat n’a appris l’existence du problème qu’après la déclaration de culpabilité.

[301] I reject this submission for two reasons. First, responsibility for complying with ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* belongs to the state, not to defence counsel. It was the state's duty to provide a representative jury roll, not the accused's obligation to catch its failure to do so. Second, in any case, the Court of Appeal concluded that defence counsel learned for the first time of the potential problems with the 2008 Kenora jury roll after conviction and the Crown did not oppose this issue being raised for the first time on appeal. As pointed out by LaForme J.A., it was not unreasonable for the respondent to assume that the state was complying with its constitutional obligations. It was only on September 12, 2008 — almost three months after the jury had rendered its verdict against Mr. Kokopenace — that counsel learned for the first time that there was evidence of irregularities in the jury roll process. On that date, he received a letter with an attachment consisting of an affidavit sworn by Rolanda Peacock, Acting Supervisor of Court Operations for the territorial district of Kenora, which summarized the state's efforts in respect of the 2007 Kenora jury roll. I see no error on the part of the Court of Appeal, in the unusual circumstances here, in refusing to deny an otherwise just and appropriate remedy on the basis that the issue was raised late.

(2) The Under-Representation Was on the Basis of Race

[302] A second important consideration, in my opinion, is that the under-representation in this case was on the basis of race. As former Justice Iacobucci put it in his report:

The public is more likely to perceive trials, and by extension the legal system as a whole, as being fair if prospective jurors are representative of the wider community from which they are drawn. Conversely, the wholesale exclusion of particular groups from the jury pool risks undermining public acceptance of the fairness of the

[301] Je rejette cet argument pour deux motifs. Premièrement, la responsabilité de se conformer aux al. 11d) et 11f) de la *Charte* incombe à l'État, et non à l'avocat de la défense. C'est à l'État d'assurer une liste des jurés représentative, et non à l'accusé de signaler que l'État n'a pas respecté son obligation. Deuxièmement, en tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que l'avocat de la défense avait eu vent de la possibilité qu'un problème affecte la liste des jurés de Kenora pour 2008 après le prononcé de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne s'était pas opposé à ce que cette question soit soulevée pour la première fois dans le cadre de l'appel. Ainsi que l'a souligné le juge LaForme, il n'était pas déraisonnable que l'intimé tienne pour acquis que l'État avait respecté ses obligations constitutionnelles. Ce n'est que le 12 septembre 2008 — presque trois mois après que le jury a rendu son verdict contre M. Kokopenace — que l'avocat a appris pour la première fois l'existence d'une preuve d'irrégularité dans le processus de sélection des jurés. Ce jour-là, il a reçu une lettre à laquelle était joint un affidavit souscrit par Rolanda Peacock, superviseure intérimaire de l'administration des tribunaux pour le district territorial de Kenora, lequel comportait le résumé des efforts déployés par l'État pour préparer la liste des jurés de Kenora pour 2007. J'estime que la Cour d'appel n'a commis, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, aucune erreur en refusant de priver l'accusé d'une réparation par ailleurs juste et convenable parce que le problème avait été soulevé tardivement.

(2) La sous-représentation était fondée sur la race

[302] À mon sens, le deuxième motif important porte sur le fait que la sous-représentation en l'espèce était fondée sur la race. Voici ce que l'ancien juge Iacobucci indique dans son rapport :

Il y a de meilleures chances que le public perçoive un procès, et, par extension, le système judiciaire tout entier, comme étant équitable, si les candidats-jurés sont représentatifs de l'ensemble de la collectivité dont ils sont issus. Par contre, l'exclusion en bloc de groupes particuliers du bassin d'où les jurés sont tirés risque

criminal justice system. A jury cannot act as the conscience of the community unless it is viewed favorably by the society that it serves. [para. 116]

[303] As the Privy Council stated in *Rojas v. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, at para. 14, “a non-discriminatory method of compilation of the jury lists is an essential ingredient of a fair trial by jury”. This view was also adopted by the New Zealand Court of Appeal: *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, at paras. 50-60. I recognize that discrimination may occur not only as the result of intended effects of conduct, but also through the unintended effects of conduct. That the effect (although certainly not the intention) of the state conduct led to a substantial under-representation based on a prohibited ground of discrimination in my opinion considerably exacerbates the seriousness of the breach and its impact on confidence in the administration of justice.

(3) The Accused Is an Aboriginal Man

[304] Finally, we should not, in my view, be blind to the fact that the accused in this case is a member of the race that was wrongly excluded from adequate representation on the jury roll. This Court has repeatedly referred to the systemic discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system. The unintentional yet substantial under-representation of members of that race from the jury roll inevitably, in my view, casts a long shadow over the appearance that justice has been done. It seems to me that the Court should not, on one hand, direct other courts to take these social realities into account while, on the other, choosing to ignore these same realities when they confront us in an awkward context. In my view, it could not be clearer that, as a result of state action and inaction, persons of the accused’s race were substantially under-represented on the jury roll.

de nuire à l’acceptation par le public que le système de justice pénale est équitable. Un jury ne peut faire office de conscience communautaire que si la société pour le compte de laquelle il délibère le tient en estime. [par. 116]

[303] Dans l’arrêt *Rojas c. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, le Conseil Privé a déclaré au par. 14 qu’une [TRADUCTION] « méthode non discriminatoire pour établir la liste des jurés constitue un élément essentiel d’un procès avec jury équitable ». La Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a également adopté ce point de vue (*R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, par. 50-60). Je reconnais que la discrimination peut être engendrée par les effets intentionnels d’une conduite, mais aussi par les effets involontaires d’une conduite. L’effet de la conduite de l’État (mais certainement pas son intention cependant) ayant donné lieu à une importante sous-représentation fondée sur un motif de discrimination illicite a considérablement exacerbé la gravité de la violation et son incidence sur la confiance du public dans l’administration de la justice.

(3) L’accusé est autochtone

[304] Enfin, j’estime que nous ne devons pas négliger le fait que l’accusé dans la présente affaire appartient à la race même qui était injustement sous-représentée sur la liste des jurés. Notre Cour a évoqué à maintes reprises la discrimination systémique à l’égard des Autochtones dans le système de justice pénale. La sous-représentation involontaire — mais importante — des personnes appartenant à cette race sur la liste des jurés jette inévitablement, à mon avis, une ombre sur l’apparence de justice. Il me semble que la Cour ne devrait pas, d’une part, enjoindre aux autres tribunaux de tenir compte de ces réalités sociales et, d’autre part, les minimiser lorsqu’elles se présentent dans un contexte inopportun. J’estime qu’il est absolument manifeste qu’en raison d’actions et d’omissions de l’État, les personnes appartenant à la race de l’accusé étaient considérablement sous-représentées sur la liste des jurés.

[305] The 2008 jury roll for Kenora consisted of 699 potential jurors of whom 29 were Aboriginal on-reserve residents. Thus, Aboriginal on-reserve residents formed 4.1 percent of the jury roll while representing about 30 percent of the adult population of the judicial district. This significant under-representation, not surprisingly, was transmitted to the jury panel summoned for Mr. Kokopenace's trial. It consisted of 175 jurors, 8 of whom — 4.6 percent — were on-reserve residents. In the event, four of the eight were excused and two did not respond to the summons.

(4) Conclusion Respecting Remedy

[306] I see no reviewable error in the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the failure to provide a representative jury roll in the circumstances of this case undermined public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice. As a result, I would affirm the Court of Appeal's decision to order a new trial.

IV. Disposition of the Appeal

[307] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and CROMWELL J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furguele, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Falconers, Toronto.

[305] La liste des jurés de Kenora de 2008 était composée de 699 candidats jurés dont 29 étaient des résidents autochtones de réserves. Par conséquent, les résidents autochtones de réserves formaient 4,1 p. 100 de la liste des jurés, alors qu'ils représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire. Cette importante sous-représentation a naturellement été reportée dans le tableau des jurés assignés pour le procès de M. Kokopenace. Ce tableau comportait 175 jurés, dont huit — soit 4,6 p. 100 — étaient des résidents de réserves. Dans le cadre du processus de sélection, quatre des huit candidats jurés ont été exemptés et deux n'ont pas donné suite à l'assignation.

(4) Conclusion concernant la réparation

[306] J'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont commis aucune erreur donnant lieu à révision lorsqu'ils ont conclu que l'omission de fournir une liste des jurés représentative dans la présente affaire a miné la confiance du public envers l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Dispositif du pourvoi

[307] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et le juge CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furguele, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski : Falconers, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF): University of Toronto, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Toronto.

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Law Office of Mary Eberts, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ) : Université de Toronto, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry : Law Office of Mary Eberts, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Please see in particular
paras. 35-38

CITATION: R. v. Kum, 2015 ONCA 36

DATE: 20150123

DOCKET: C55035

Strathy C.J.O., Feldman and Watt JJ.A.

BETWEEN

Her Majesty the Queen

Respondent

and

Terrence Kum

Appellant

Alan D. Gold and Etai Hilzenrat, for the appellant

Lisa Csele and C. Michaelson, for the respondent

Heard: June 26, 2014

On appeal from the convictions entered on November 3, 2011 and the sentence imposed on March 6, 2012 by Justice Bonnie J. Wein of the Superior Court of Justice, sitting with a jury, with reasons reported at 2012 ONSC 1194, 281 C.C.C. (3d) 553, and 2012 ONSC 1314.

Feldman J.A.:**A. Overview**

[1] The appellant was convicted by a jury of trafficking cocaine and possessing the proceeds of crime. During a break in their deliberations, some jurors complained to a court deputy about the conduct of some other jurors. When, following the suggestion of the trial judge, the complaining jurors put their

concerns in writing, it became clear that two jurors' conduct during deliberations was being impugned. Earlier that morning the jury had sent a note to the trial judge saying they were at a stalemate. The note disclosed that the vote was ten to convict and two to acquit.

[2] Upon receipt of the complaints, the trial judge embarked upon a lengthy inquiry of each individual juror, and a number of further inquiries of the two impugned jurors. The trial judge ultimately discharged both jurors. Defence counsel's motions for a mistrial were denied. Following the discharge of the second juror, after about an hour of further deliberations, the ten-member jury convicted the appellant.

[3] The main issue on this appeal is whether the discharge of the jurors resulted in an unfair trial. I have concluded that it did.

B. Background regarding the offences

[4] Between June 15 and June 18, 2007, the police intercepted a number of calls related to drug trafficking between a known suspect, Harding, a male using a 519 area code telephone number, and another male using a Jamaican telephone number. On June 18, following a few of these calls, Harding told the male on the 519 number that he was at a Tim Hortons. The male told Harding that they would meet there and then Harding could follow him in his car. The police were conducting surveillance at the Tim Hortons and observed the

appellant drive up and Harding follow him in his own car. They drove to a deserted area of a local golf course.

[5] The police observed conversation between the two men, but no exchange of anything. The police followed both cars after the meeting concluded. When the police arrested the appellant a few minutes later, they found a box in his car containing \$54,040. When they arrested Harding shortly thereafter, they found three bricks of cocaine, totalling 3 kilos, each in a Ziploc bag and all inside a number of other bags. The appellant's partial fingerprint was on one of the Ziploc bags. The appellant's effects at the police station included three cell phones, one of which had the 519 number. As the officer who seized the phones was not a witness at trial, the continuity of the cell phones was challenged.

C. The discharge of two jurors

The notes from the jury

[6] On the morning of the jury's second day of deliberations, the jury sent the trial judge a letter indicating that it had reached a "stalemate." Ten of the jurors voted to convict the appellant and two voted to acquit. The letter read:

Your Honour:

The jury has reached a stalemate on some key evidence and cannot yet come to a conclusion about guilty or not guilty on the charges. The vote was 10 for guilty and 2 for not guilty after we discussed all the relevant evidence.

The key sticking point (there are others) is the lack of direct evidence of who is 519. As directed by you, the issue of continuity about when the 3 phones were seized and by whom was discussed at length. The majority of the jury found the circumstantial evidence, including the items suggested by you in your charge plus our own assessments were sufficient to link Mr. Kum to the 519 phone and wiretap conversations. A minority of the jury still have doubts about the cell phone due to lack of direct evidence and insufficient (in their view) circumstantial evidence.

The jury is at the point we are going in circles on this issue.

Do you have any further guidance on this matter?

Respectfully,

“The Jury”

[7] The trial judge discussed the jury’s letter with counsel. She advised counsel that the letter disclosed how many jurors intended to convict and how many intended to acquit. Although she did not tell them the number of votes for each side at that time, she disclosed the numbers the next day during submissions on whether two of the jurors should be discharged.

[8] That afternoon the jury heard a lengthy play-back of some of the evidence. Following a recess, a court deputy informed the trial judge that some jurors had certain concerns. At the trial judge’s request, the jurors put their concerns in writing.

[9] Approximately 30 minutes later, the trial judge received notes from the jury about other jurors’ conduct during deliberations. One of the notes said:

To: [the name of the judge]

A few members of the jury have a few concerns relating to bias.

These concerns stem from comments or actions made within and out of the jury room.

This relates to two specific jury members.

For example:

(1) 1 juror states this on (Nov. 2/11) that it is their belief that too many accused get wrongfully convicted due to police lying during testimony to make the facts work for them.

(2) We believe that 1 juror may have religio[u]s conflicts for passing judgement.

For example, each time we reach a critical path, a point[ed] question seems to be avoided, and in two instances, took washroom [breaks] just as the question requires response.

[10] Two jurors wrote separate notes to the trial judge. The notes read:

My interpretation is that 1 juror is appears to be unable to make a Judgement because of religious convictions.

I am paraphrasing – 1 juror is expressing the fact that he is the only brother here & he has to defend him. (The accused)

The trial judge's inquiry into the alleged misconduct

[11] With the initial agreement of counsel, the trial judge began an inquiry into the two impugned jurors' alleged misconduct. Those two jurors (jurors 1 and 9) were separated from the rest of the jury. The two jurors who had made the complaints (jurors 2 and 6) were told not to discuss the issue with the other

jurors, and were eventually separated from the rest of the jury and from each other.

[12] The trial judge questioned the impugned jurors in open court.

[13] The trial judge asked juror 9 whether she had religious beliefs that would preclude her from deciding the case impartially. Juror 9 denied the allegation:

Q. A concern has been expressed to us that a juror, whom we believe is you –

A. Uh-huh.

Q. – may have a religious conviction which prevents her from deciding the case on the evidence, which prevents her from passing judgment on another person, on the evidence. I don't want you to tell us anything that has gone on in the jury room, I simply want you to tell us whether you feel there is any impairment to your ability to pass judgment in this case.

A. I'm not sure where that religious aspect of it is coming from, with regards to not passing judgment based on religious belief.

[...]

Q. All right. You have no hesitations in feeling you can assess the evidence and pass judgment?

A. I don't –

Q. All right.

A. – feel – I feel comfortable based on the evidence that I can come to a conclusion based on what's provided to me.

[14] The trial judge also questioned juror 1 about the allegations that he was biased against the police and was biased in favour of the accused on the basis of race. Juror 1 also denied the allegations:

Q. We have a concern that's been expressed to us that one juror, actually you, has perhaps expressed a reliance on something – an aspect of the case outside of the evidence. And I just want to make it clear, I don't want you to tell us about anything that relates to your discussions of the case in the jury room, because that is not what we're inquiring into. But there has been the suggestion made that you have expressed the fact that you are the only brother here and you have to defend the accused. And the concern we would have –

A. I didn't say that.

Q. – would be that – and that was a paraphrase –

A. Your Honour, that's not true.

Q. – the concern of course would be that a juror must not consider any sympathy or bias or prejudice, and sympathy based on race would be an outside concern.

A. It doesn't matter if they're black, white or whatever, I'm here to do a job –

Q. Okay.

A. – and I never said that to anyone at any time.

Q. You feel no difficulty in abiding by your oath to try the case solely on the evidence without bias, prejudice –

A. Yes, ma'am.

Q: – or partiality?

A. Yes, ma'am.

Q. All right. The other aspect of this is difficult for me to assess. If a juror were to express a belief that too many accused get wrongfully convicted due to police lying during testimony, to make the facts work, if they were simply saying let's closely examine the police testimony because police may lie, that might be just an expression of opinion in the jury room – not interesting to us – but if a person felt that they could never assess the evidence of a police officer like the evidence of other witnesses because they just don't believe police officers, then that would obviously be elevated to an –

A. I never said that –

Q. – outside concern.

A. – and that's not my feeling.

Q. All right. So we have no need for concern?

A. No, Your Honour.

[15] After jurors 1 and 9 were questioned and denied the allegations made against them in the notes, Crown counsel suggested that the court hear from the two jurors who raised the complaints. At that point, defence counsel raised the concern that there was a serious conflict within the jury: the two impugned jurors had denied the accusations against them and had been separated from the others. He agreed, however, that the court should hear from the two jurors who had raised the concerns. The two complaining jurors, jurors 2 and 6, were questioned separately about their complaints. Each gave evidence in support of their allegations.

[16] Both the defence and the Crown initially agreed that the trial judge would question the remaining jurors about the allegations against jurors 1 and 9. However, after a break, defence counsel had changed his view and objected to continuing with any further inquiry of the jurors. He submitted that it was clear that there was a hung jury and a mistrial should be declared. The trial judge dismissed that motion. A standard question was drafted which inquired into the allegations and included a warning not to disclose “differences of opinion among jurors in the jury room”. The question asked:

Specific concerns have been raised about some jury members. All jurors are entitled to take different views of the evidence and bring their own world experiences and views into account, and this is a welcome part of our jury system. But all jurors take an oath to well and truly try the case and deliver a true verdict based on the evidence and only on the evidence without sympathy, prejudice or bias. We do not want to inquire, and cannot inquire about differences of opinion among jurors in the jury room, but we need to know if one or more jurors are unable or unwilling to fulfill their duties as jurors for reasons of sympathy, prejudice or bias. Have you seen anything during your deliberations, or outside of your deliberations, that leads you to believe that any of your fellow jurors is unable or unwilling to fulfill their oath, for example because they are unable or unwilling to participate in the proceedings, or have fixed views that prevent them from assessing the evidence with an open mind?

[17] The trial judge decided to put this question, together with further inquiries, to the remaining jurors as well as to the impugned jurors, 1 and 9. The jurors

gave detailed opinions about the comments and perceived motivations of fellow jurors in the deliberations. In her questioning, the trial judge probed the jurors on whether they thought other jurors were incapable of properly assessing the evidence because of sympathy, bias or prejudice. For example, in questioning juror 12 about his or her concerns about jurors 1 and 9, the trial judge asked:

Q: Okay. But apart from that are the concerns you've told us about related in any way to something you would call sympathy or prejudice or bias as opposed to a decision on the evidence that disagrees with yours?

A: No, I won't say that. All – all I will say, the – they felt sorry for one – for the person.

Q: So that would be a sympathy.

A: That would be sympathy, okay.

[18] Some of the jurors' answers supported the allegations in the complaint letters. For example, several jurors said that in his deliberations juror 1 took into account the consequences of a guilty verdict, such as the potential punishment or the impact of the conviction on the appellant's family. One juror said that juror 9's value system would prevent her from deciding the case, but another said that she was making an effort to reach a decision.

The trial judge dismisses juror 1 but permits juror 9 to continue

[19] Following the further examination of each juror, defence counsel objected to the discharge of either of the impugned jurors. He submitted that the jury was

deadlocked. It was at this time that the trial judge told counsel that the original note from the jury had stated that the vote was ten to convict and two to acquit. This information confirmed defence counsel's apprehension of the situation from the questioning. He submitted that the two jurors were entitled to dissent and again asked for a mistrial. Crown counsel asked that both jurors be discharged on the basis that they were unable to carry out their duties.

[20] The trial judge dismissed juror 1, but not juror 9, and gave oral reasons. Dealing first with the defence motion for a mistrial, the trial judge stated that, while a mistrial would be an easy outcome, the jurors had sat for many days and they were "entitled to give judgment if they are at all able to." Further, "for obvious public policy reasons...the actions of one, or in this case potentially two jurors, should not be allowed to hijack the process if the court can be satisfied that the remaining jurors can come to a just and proper verdict on the evidence." With respect to juror 1, based on the testimony of the other jurors, the trial judge concluded that he had sympathy for the accused that was not based on the evidence, and that he was concerned about punishment. Furthermore, based on the testimony of the other jurors and of juror 1 himself, the trial judge concluded that he had a bias with respect to police "that has caused that juror to speculate in a way that is inconsistent with the evidence." The trial judge was not, however, satisfied that juror 9 would not abide by her oath.

[21] In her written reasons delivered after the trial, the trial judge stated that juror 1 had consistently made the kinds of remarks referred to in the complaint letters. She did not believe him when he denied making the impugned remarks. The trial judge agreed with the concerns raised by the other jurors and said it was clear to her that juror 1 was trying to “hijack” the deliberations by considering extraneous factors, such as the impact the potential punishment might have on the accused. The trial judge was concerned that juror 1 would not follow her legal instructions “because he felt he had to support the accused who was of the same race”, and concluded that further legal instructions would be futile. The trial judge observed that juror 1 was “very probably” one of the two jurors who intended to acquit the appellant, but said this consideration was irrelevant to her decision to discharge him.

Juror 9 requests her own dismissal

[22] A few hours after juror 1 was discharged, juror 9 sent the trial judge a note advising that she was no longer able to decide the case impartially. She wrote:

[Trial judge],

I find that I am no longer able to continue as a juror in this case because I find that I am no longer able to remain open minded. I’ve come to the realization that I am factoring outside experience into the deliberation and unable to separate the two.

Regards

Juror #9

[23] Defence counsel objected to any further questioning of juror 9. He pointed out that in the previous inquiries she had said that other jurors had made up their minds before the jury charge and addresses of counsel, and he believed that now she felt isolated and was making excuses in order to be discharged. He pointed to the unfairness to his client, given that this was the second juror who had been complained about, and if she were discharged only the ten jurors who voted for conviction would remain. He again asked for a mistrial. He submitted that any further questioning of the jurors would negatively affect the jury's independence and would be perceived as pressure to give a verdict. He acknowledged that the trial judge did have the discretion to question the jury further.

[24] The trial judge decided to question juror 9 again in court. The juror indicated that her deliberations were affected by her outside experiences. The trial judge then asked her if she was biased and she answered, "I don't feel that I'm coming to an unbiased conclusion." Eventually, she acknowledged in answer to a question suggested by defence counsel that she felt pressured inside the jury room. The trial judge told her not to feel pressured and sent her back to deliberate further with the rest of the jury. After juror 9 was sent out of the courtroom, defence counsel again objected and applied for a mistrial on the basis of juror 9's statement that she felt pressured to reach a verdict. The trial judge allowed the jurors to continue deliberating.

[25] Approximately 80 minutes later, however, the trial judge received two further letters, one from juror 9 and one from the “jury majority”. Juror 9 wrote:

[Trial judge],

I am again indicating that I am unable to continue deliberation. As based on your example of the red hair in terms of a bias, I am finding that I am falling into example 1. (The example of bias based on all red head[s] are liars, and I feel that this is having...an impact on my decision.

Juror #9

[26] The “jury majority” wrote the following:

[Trial judge,]

The majority of the jury has listened to the below concerns regarding the case.

- Cellphone seizure
- [L]ack of evidence of the process of arrest
- [N]o pictures of transaction
- [W]ire taps
- [S]urveillance at the time of arrest
- [L]ack of total evidence
- [L]ack of credible witnesses

However, after much explanation she has not been able as per your directions to give us reasonable doubt or a logical common sense inference/explanation.

She does not at this point wish to consider alternative explanations. She says ‘I’m done.’

Respectfully

The Jury Majority

[27] The Crown's position was that the trial judge should discharge juror 9 and proceed with the remaining ten jurors. The trial judge questioned juror 9 once again in open court. Despite juror 9's previous statement that she felt pressured, she now denied being under pressure from other jurors. After juror 9 left the courtroom, defence counsel once again sought a mistrial. He predicted that if both jurors 1 and 9 were discharged, conviction would be a foregone conclusion. He also submitted that the majority of the jury would have succeeded in removing the minority in order to achieve a guilty verdict. The trial judge again refused to declare a mistrial. She concluded that juror 9 was biased and discharged her.

[28] The trial judge instructed the remaining ten jurors on juror 9's dismissal and sent them to continue their deliberations.

[29] The jury retired from the courtroom at 5:13 p.m. on November 3, 2011.

[30] At 6:20 p.m., they returned to the courtroom with the guilty verdict.

[31] Following the trial, on February 23, 2012, the trial judge issued written reasons for her decisions on discharging the jurors and on the mistrial application.

D. Issues

[32] The appellant raises a number of grounds of appeal arising from the trial and sentence relating to: inadmissible police opinion evidence; unreasonable verdicts; the co-conspirators' exception to the hearsay rule; the length of the

sentence; and the DNA order. However, as the outcome of the appeal turns on the issues that arose from the discharge of the two jurors, it is unnecessary to address the other issues raised by the appellant except for the unreasonable verdicts ground of appeal, because an unreasonable verdict may result in an acquittal.

[33] On that ground, the appellant submits that the evidence against him at trial was weak and, as a result, the verdicts against him are unreasonable. For example, he points to the fact that the officers who observed him and Harding at the golf course never saw anything being exchanged. However, while the case against the appellant was circumstantial, I cannot say, given the evidence presented at trial, that the verdicts were unreasonable.

[34] The two issues that I will address in detail are: 1) Whether the extent of the trial judge's inquiries of the jurors led to improper disclosure of their deliberations; and 2) Whether the discharge of the two jurors resulted in an unfair trial.

E. The applicable legal principles

Overview of s. 644 of the *Criminal Code*

[35] An accused has the common law right to be tried by a jury of twelve who reach a unanimous verdict. Section 644 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, describes the exceptional circumstances when a maximum of two jurors may be discharged. It provides:

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

[...]

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

[36] In *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730, at p. 741, Dickson J. emphasized that in interpreting s. 573, the predecessor of s. 644, the “accused should not be lightly deprived of his or her right to be tried by a jury of twelve persons.”

[37] Under s. 644(1), the trial judge may discharge a juror who “should not...continue to act”. The two possible criteria for discharge are illness and “other reasonable cause”. The latter has been flexibly interpreted to allow a trial judge the necessary discretion to deal with circumstances as they may arise: see *R. v. Giroux* (2006), 207 C.C.C. (3d) 512 (Ont. C.A.), at paras. 27, 30, leave to appeal refused, [2006] 2 S.C.R. viii.

[38] When deciding whether to discharge a juror, the trial judge is entitled to make inquiries of jurors: *Giroux*, at paras. 35-36. However, that process is subject to strict limitations in order to protect two critical aspects of a jury trial: 1)

the integrity of the process that ensures the accused is not lightly deprived of the right to be tried by a jury of twelve who reach a unanimous verdict, and 2) the secrecy of the jury's deliberations.

The secrecy of the jury's deliberations

[39] In *R. v. Pan*; *R. v. Sawyer*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, Arbour J. discussed in detail the rules regarding jury secrecy. Under the common law rule of jury secrecy, also known as Lord Mansfield's rule, evidence of what occurred in the jury room among the jurors is not admissible in subsequent proceedings: *Pan*, at para. 54. The issue often arises when the jury's verdict is sought to be impeached, as in the *Pan* and *Sawyer* cases.

[40] In *Pan*, Arbour J. also discussed the policy reasons behind the jury secrecy rules, which, she pointed out, have evolved over time. The common law jury secrecy rule, together with the prohibition on disclosing information relating to the jury's proceedings under s. 649 of the *Criminal Code*, promotes candour and "free and frank debate among jurors, protecting jurors from harassment, and preserving public confidence in the administration of justice": *Pan*, at para. 89. As she stated at para. 50: "While searching for unanimity, jurors should be free to explore out loud all avenues of reasoning without fear of exposure to public ridicule, contempt or hatred."

[41] However, there is an exception to Lord Mansfield's rule. Evidence that the jury was exposed to some extrinsic information or influence from outside the proceeding is admissible: *Pan*, at para. 55. But even if jurors are allowed to testify about whether they were exposed to any extrinsic information, the court should not admit evidence from the jurors as to what influence that information had on their deliberations: *Pan*, at para. 59.

[42] Justice Arbour concluded her discussion by restating a modern version of Lord Mansfield's common law jury secrecy rule as follows at paras. 77 and 78:

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

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

The law on discharging jurors under s. 644

[43] Along with the confidentiality of jury deliberations, Arbour J. referred to s. 644, together with the challenge for cause procedure, as two other safeguards against an improper verdict. The latter two guard against lack of impartiality in a juror, from bias or another cause. The common law rule prohibits any post-verdict inquiry into whether a juror was biased, as that is not an extrinsic matter. However, prior to a verdict being reached, the court is entitled to conduct an inquiry into bias under s. 644 to determine whether a juror should be discharged: see *Pan*, at para. 94.

[44] In discussing s. 644, Arbour J. pointed to an important qualification on the court's approach to the use of that section: it is intended to be used for serious issues only. It was not meant to encourage jurors to bring to the trial judge trivial complaints or minor concerns about their fellow jurors:

[97] [T]here are limits to the use of s. 644 of the *Code* as a mechanism for discharging jurors in the course of the trial. Section 644 only permits jurors to be discharged in the course of the trial where a serious issue arises as to their fitness as a juror. It is not designed to encourage jurors to bring trivial complaints about their fellow jurors to the attention of the trial judge in the course of the trial, nor does it contemplate the discharge of jurors over minor concerns.

[45] In *R. v. Cioppa*, 2012 ONSC 6832, defence counsel asked the trial judge to conduct an inquiry under s. 644, after observing one of the jurors turn his back on the accused during his entire testimony in chief, make impatient motions

during counsel's closing, and shake his head in a negative manner at the accused when counsel admitted that the accused had a knife on the evening in question. The trial judge refused to conduct an inquiry. He referred to the above passage from *Pan* and also stated, at paras. 10-11:

[10] There have been instances in the past where events have taken place that have warranted a court embarking on an inquiry as to whether a specific juror should be discharged. Instances of unusual conduct during the course of deliberations is one example. Possible contamination of an individual juror, or the whole jury, arising from improper contact with other individuals is another example.

[11] That said, there appears to be considerable authority for the proposition that the secrecy and confidentiality of jurors and their conduct is to be jealously guarded. Consequently, the test for when the court should embark upon an inquiry under s. 644 is a high one.

[46] The trial judge went on, at para. 13, to reinforce an important concept for the operation of the jury process. Even if the juror's observed conduct meant that the juror had formed an opinion contrary to the accused's position,

[13] ...that did not mean, in and of itself, that the juror would not honour his oath and do his duty including listening to the views of his fellow jurors. It is not realistic to expect that each and every juror will go into deliberations with a completely open mind as to the ultimate verdict. Jurors can be expected to form views and opinions regarding the evidence and they may well develop an inclination towards a particular verdict. That is human nature and there is nothing wrong with it as long as each juror maintains an open mind regarding the final conclusion and is receptive to the views of their

fellow jurors. This concept is recognized and explained to jurors when they are given the preliminary instructions at the outset of a trial. We routinely tell jurors:

As the trial proceeds, you may discuss the case amongst yourselves when all of you are together in your jury room. You must not, however, come to any conclusions about the case during those discussions. Keep an open mind.

[47] Most recently in this court, in *Giroux*, at para. 28, Blair J.A. emphasized the necessity of taking care in conducting inquiries under s. 644, where one or more jurors complains about another juror or jurors. The trial judge must respect the confidentiality of the jury's deliberations, and must ensure that a majority faction of jurors is not attempting to dismiss a dissenting minority faction from the jury:

[28] [C]ases involving internal strife amongst jurors pose particularly problematic issues, and must be dealt with in a careful and sensitive fashion.... It is imperative that neither the court, in addressing the situation, nor the jury, in responding to it, violates the rule preserving the confidentiality of jury deliberations. However, adherence to this cardinal principle constrains the court's ability to make inquiries about the internal strife. In addition, the court must be alert to the possibility that the internal strife in question is merely reflective of an inability on the part of the jury to agree, as opposed to an inability to deliberate. There is always the potential that the request to eliminate the strife issue is merely an attempt by a majority of jurors to cast off a dissenting minority opinion. Finally, the court must be conscious of the danger that the entire jury may be tainted by the internal strife – not just the particular juror or jurors who are

subject to the inquiry – and its ability to deliberate compromised, thus impairing the integrity of the jury deliberation process.

[48] It follows that, when addressing concerns about jurors' alleged misconduct, the trial judge should consider whether a recharge on the duties of jurors, or on relevant aspects of the evidence or process, would be the best initial approach. For example, in *R. v. Peters*, 1999 BCCA 406, 137 C.C.C. (3d) 26, both the foreman of the jury and one juror wrote notes to the trial judge, indicating that the juror felt uncomfortable judging his fellow man and that God would be the judge. The trial judge decided to examine the juror in court, where he said that he "would feel unable to carry on any further since...I feel that my only conclusion will be acquittal." Although the court of appeal upheld the trial judge's decision to discharge the juror, McEachern C.J.B.C. stated, at para. 78, that the better procedure would have been to exhort the jury and await further developments:

[78] I am most uneasy about this entire procedure, and I think (with the benefit of hindsight) that it might have been better for the trial judge to instruct the jurors again on their duty and responsibility as the sworn judges in this case, and to await further developments.

[49] The trial judge's decisions whether to conduct an inquiry and discharge a juror under s. 644, and whether to declare a mistrial are discretionary and subject to considerable deference on appeal: see *Giroux*, at para. 27; *R. v. Jojic*, 2010 BCCA 577, 266 C.C.C. (3d) 42, at paras. 11, 15-16; and *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.), at p. 563, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R.

vii. However, those decisions are subject to challenge when the inquiries result in an intrusion on the confidentiality of the jury's deliberation process, threaten the integrity of that process, or result in the appearance of unfairness in the trial: *Giroux*, at para. 35.

F. Application to this case

The initial inquiries

[50] After receiving the jurors' complaints, the trial judge properly consulted with counsel about the process to follow, and decided to make inquiries of the two impugned jurors first.

[51] Although she was entitled to take this approach, the case law cautions that s. 644 should not be made into an easy avenue for jurors to tattletale on other jurors, with a view to having a "dissenting minority" juror discharged: *Giroux*, at para. 28. Rather, the trial judge should take a cautious approach, and consider carefully whether the allegations raised are serious enough on their face to engage s. 644. Furthermore, as McEachern C.J.B.C. observed in *Peters*, at para. 78, the trial judge should consider whether exhorting the jurors on their duties and awaiting further developments would be the best initial approach.

[52] In other cases where a juror was discharged for bias or inability to decide the case fairly, there was evidence directly from the juror indicating an inability to discharge his or her duties: see *Peters*; *R. v. Hahn* (1995), 62 B.C.A.C. 6

(B.C.C.A), leave to appeal refused, [1996] S.C.C.A. No. 139; and *R. v. Gordon*, 2012 ONCA 533. The trial judge did not need to conduct probing inquiries of the jury regarding the content of their deliberations. In this case, in the initial interviews, the two impugned jurors completely denied the allegations made against them, and denied any other problems.

[53] When the two complaining jurors were then asked to explain their allegations against jurors 1 and 9, they gave inconclusive evidence to substantiate those allegations.

[54] Both confirmed that juror 9, whom they accused of being unable to decide the case for religious reasons, had never mentioned any religion. They only assumed from her reluctance to answer questions and to join in the purchase of lottery tickets that she had religious beliefs that prevented her from judging other people. Juror 2 speculated that juror 9 was a Jehovah's Witness.

[55] With respect to the allegations against juror 1, juror 6 did not directly hear juror 1 make comments indicating a racial bias in the appellant's favour. Rather, juror 6 said juror 1's comments were made to another juror, and were in turn passed through a number of other jurors. Juror 6 did not know the exact wording of juror 1's alleged comments, "but it was along the line of I'm the only brother in here...so I have to defend, you know, my brothers." When the trial judge asked juror 2 whether other jurors were being influenced by "considerations outside the

evidence including race, bias against the police and possible religious inability to pass judgment”, juror 2 replied, “I agree on the last two you said....Race I didn’t put down.”

[56] Regarding the police issue, juror 6 said that it was the other juror who knew more because it was that juror who was sitting beside juror 1, but that juror 1 kept bringing up the point that “there’s so many people wrongly accused, et cetera...you know, you can’t believe them – meaning the police officers.” When questioning juror 2, the trial judge asked whether juror 1 had expressed “an inability to believe the police in any circumstances? I mean there’s a difference between saying let’s look closely at police evidence because I just have a concern, and saying I’m not going to believe the police no matter what the evidence tells me.” Juror 2 replied, “Not expressed the way you just put it...but expressed in a general sense that there’s been too many cases of wrongful convictions based on police evidence, and they’ll find a way to make ‘A’, ‘B’ and ‘C’.”

After questioning the impugned and the complaining jurors, the trial judge should have exhorted the jury on their duties and ceased the inquiry

[57] After questioning the complaining jurors, the trial judge was faced with the following confluence of factors:

- She knew from the first note that the jury was deadlocked with ten voting to convict and two to acquit.¹
- It was clear that the two impugned jurors were the two who were voting to acquit.
- When questioned, they each denied the allegations against them.
- The two complaining jurors had not heard any mention of religion by juror 9, but had inferred their religious concerns from her behaviour. Only one reported the racial concern about juror 1, and that was based on hearsay. The police bias report was a general concern by juror 1 about whether police lie, but not that juror 1 said he would never convict based on police testimony.
- After initially agreeing, defence counsel had objected to any further questioning of the remaining jurors.

[58] In those circumstances, in order to preserve the secrecy and sanctity of the jury deliberation process and the fairness and perception of fairness of the trial, the trial judge should have exhorted the jury on their duties and allowed them to continue their deliberations. Given the above factors, there was a real concern that this was the type of situation contemplated by Blair J.A. in *Giroux*,

¹ In the future, jurors should be warned not to disclose the results of votes when asking the trial judge questions. This will be reflected in a new edition of *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, to be published in February, 2015.

where there was internal strife because the jury could not agree, and the majority was attempting to “cast off” the dissenting jurors when they were unable to convince the dissenters of their view.

[59] Instead, the trial judge decided to question the remaining jurors, as well as the impugned jurors, about the allegations.

[60] With respect to the trial judge, in this case, the effect of the extensive questioning of the jurors about the conduct of the two impugned members was to intrude upon the jury’s secret deliberation process.

[61] The inquiry required the jurors to disclose statements made by other jurors and views expressed in the course of deliberations. The inquiry also asked jurors to give their own opinion about other jurors’ ability to fairly decide the case.

[62] The intended purpose of the inquiry was to determine whether the two impugned jurors could faithfully discharge their duty to render a true verdict based on the evidence, or whether they were instead determined to act on sympathy, prejudice or bias, matters extrinsic to the record. However, unless the jurors made direct declarations of such a determination, which they did not, the inquiry necessarily required an improper parsing of a juror’s thought and reasoning process.

[63] In particular, the jurors should not have been asked to opine on their fellow jurors’ subjective motivations in the deliberation process and ability to decide the

case fairly. As Arbour J. observed in *Pan*, at para. 61, jury members are expected to bring their entire life's experience to their deliberations and to apply it to the decision-making process. Chief Justice McLachlin also discussed this principle in detail in *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43.

[64] Furthermore, as Nordheimer J. stated in *Cioppa*, jurors may develop views of the evidence as the case progresses, including a negative view of the accused or of any witness, such as a police witness. This is not inconsistent with jurors' duties as long as they remain open to listen to the views and approaches of others, and to consider them along with their own views before reaching a conclusion. In the end, jurors are not precluded from applying their life experiences when assessing credibility, or the likelihood of a conclusion to be drawn from circumstantial evidence.

[65] The secrecy and sanctity of the jury deliberation process is intended to allow and encourage the free expression of ideas and concerns based on the evidence and on the life experience of the jurors. In this case, there was circumstantial evidence about the appellant's possession of the 519 cell phone. In assessing that evidence, jurors were entitled to take into consideration any concerns they had about the credibility of the police witnesses. What they were not entitled to do was to close their mind to the possible inferences on the basis of a firm belief that police always lie to obtain a conviction.

[66] With respect to juror 9, we cannot know what occurred in her mind over the course of this process. When the trial judge questioned her again after she first requested her own dismissal because she now felt that she was biased, she stated that she felt pressure from the other jurors. Later, after she wrote her second note, and the “jury majority” sent a separate note to the trial judge about her, she said she no longer felt pressured. She had told the other jurors by then that “I’m done”.

[67] However, this took place after juror 9’s conduct and statements in the jury room became the subject of inquiries directed at her and the other jurors. She was supposed to be able to speak freely and confidentially with her fellow jurors. The inquiry resulted in her being separated from them, then being asked to deliberate with them once again, ultimately as the sole juror in favour of acquittal. Although affected jurors will normally be segregated during the inquiry process, in this case, the cumulative effect of all of these actions could only have negatively affected her attitude to the process and her role in it.

[68] These inquiries breached the secrecy of the jury’s deliberations and impugned the integrity of the jury process and the fairness of the trial itself.

[69] The trial judge stated in her subsequent written reasons that she was not influenced by knowing how the two jurors intended to vote when she dismissed them. There is no issue in that regard.

[70] However, the concern is with the appearance of trial fairness. It was clear on the record, and defence counsel raised the issue numerous times, that the two jurors being discharged were almost certainly the two who had voted in favour of an acquittal and that once they were discharged, the jury would quickly return a conviction. That is exactly what occurred.

[71] In deciding not to declare a mistrial, the trial judge referred to the hard work that the balance of the jurors had done and fairness to them. However, it is fairness to the appellant and the appearance of fairness in the process that are the governing factors.

G. Conclusion

[72] This was a case of juror strife, where the jury panel was unable to agree on an outcome. The trial judge's numerous inquiries of the jurors necessarily probed the content of their deliberations and undermined the secrecy of the deliberative process. The inquiries led to the discharge of one juror, then to the discharge of the second juror at her own request, when all knew that they were very likely the only two holdout jurors voting to acquit.

[73] Although the trial judge's individual decisions are discretionary and would be owed deference on appeal, the extensive inquiries into the jury's deliberations and the discharge of the two jurors who appeared to be the ones in favour of

acquittal resulted in a breach of the sanctity of the jury deliberation process, the appearance of unfairness, and ultimately, an unfair trial.

[74] I would therefore set aside the convictions and order a new trial.

Released: "GS" Jan 23, 2015

"K. Feldman J.A."
"I agree. G.R. Strathy C.J.O."
"I agree. David Watt J.A."