

***Société de criminologie du Québec
Canadian Criminal Justice Association***

***An update on
the Appeal of a Criminal Jury Trial:
Why does the Supreme Court of Canada
still Tread Carefully Around Jurors' Toes
(And Appeal Courts should too!)***

**Opening Remarks by
THE HONOURABLE CHIEF JUSTICE NICOLE
DUVAL HESLER**

**The Concorde Hotel Quebec / Hôtel Le Concorde Québec
Québec (QC)**

November 6 / 6 novembre 2019

Introduction

Il arrive, dans la vie d'un.e juge, que le devoir de réserve impose un changement du sujet anticipé d'une conférence. C'est ainsi que je vous parlerai plutôt, aujourd'hui, non pas de la dichotomie entre droits fondamentaux individuels et droits collectifs ainsi qu'annoncé, mais bien de l'appel d'un verdict de jury en matière criminelle.

Comme cet auditoire est pan-Canadien et bilingue, mon allocution est dans les deux langues officielles. C'est de cette façon que j'ai livré la plupart de mes directives au jury lorsque j'étais à la Cour supérieure, car j'ai surtout présidé des jurys bilingues.

Reviewing the verdict of a jury poses a particular dilemma for appellate courts. A 2012 case at the Supreme Court of Canada can serve to illustrate the point.

In *R v Mayuran*,¹ the Supreme Court of Canada overturned the majority decision of the Quebec Court of

¹ 2012 SCC 31.

Appeal, upholding the jury's verdict convicting Suganthini Mayuran for the murder of her sister-in-law. The evidence was stacked against Mayuran. She was the only one in the family apartment with her sister-in-law when the latter was murdered. Her family members and an independent witness corroborated this circumstance. Her DNA and blood was found on the murder weapon and the victim's blood was found on her clothes. Two family members testified that she had confessed to killing the victim because the victim had ridiculed her about her learning ability and level of education. However, she later denied those statements, as well as her guilt, a fact which precluded her from pleading certain defences, most notably the defence of provocation. In the circumstances, the majority of the Court of Appeal found several errors in the trial judge's charge, but concluded that these errors could not have influenced the verdict. They went on to find that the defence of provocation should have been put to the jury, and ordered a new trial.

Mal leur en pris.

The Supreme Court of Canada overturned this decision, finding that the defence had no “air of reality” so as to justify its submission to the jury.

Il faut dire que l'accusée avait sous-entendu provocation dans sa déclaration aux policiers, déclaration qui avait été d'autre part, avec raison, exclue de la preuve.

The case highlights some of the key difficulties and controversies involved in the review of the jury's verdict. For example, the “curative proviso” test used to determine whether an error in the jury charge influenced the verdict is particularly difficult to apply because juries do not motivate their decisions. In this context, it is difficult to assess why the verdict was rendered and whether a particular error would have made a difference. Second, the “air of reality” test is particular to jury trials and ensures that fact-finding issues are put to the jury while filtering out issues that might unnecessarily waste time or confuse the jury. In this process, there is a real risk that upper courts will simply substitute their view of the facts for that of the jury, effectively undermining the accused's right to a jury trial.

Cette tension entre un contrôle efficace des verdicts prononcés par des jurys pour empêcher des verdicts erronés de culpabilité et la protection de l'indépendance du jury constitue un thème récurrent des appels en matière criminelle.

The Mayuran case is also representative of criminal jury trials in another respect: its outcome. In Canada, overturning a jury verdict is difficult, and practically impossible on grounds of factual error.² An unscientific review of 47 Supreme Court of Canada appeals of jury trials from 1975 to 2012 which I undertook in 2012 revealed that 30 out of 47 decisions resulted in the jury's verdict being upheld. That represents 63%. The score was particularly high for an appeal based on an unreasonable verdict or verdict unsupported by the evidence, where in 10 out of 13 cases, the verdict was upheld. For errors related to jury instruction, the verdict was upheld in 19 of 33 cases, more than half.

² Lisa Dufraimont, "Evidence Law and the Jury: A Reassessment" (2008) 53 McGill LJ 199 at 209 [Dufraimont].

J'ai mis ces statistiques à jour pour les fins de ma présentation d'aujourd'hui. Entre 2012 et 2019, 47 verdicts de jury sur 76 ont été maintenus en appel à la Cour suprême, soit 61.8%. La tendance, on le voit, se maintient.

Il est intéressant maintenant de voir comment répartir ces récents résultats entre les deux principes qui régissent l'accueil d'un appel de verdict, soit que le verdict est déraisonnable (ne trouve pas appui dans la preuve), soit que les directives du ou de la juge président le procès comportaient une erreur. Entre 2012 et 2019, les tendances, à nouveau, se sont maintenues : seulement 3 verdicts sur 16 ont été jugés déraisonnables. Pour les verdicts dont on réclamait le renversement pour cause d'erreurs dans les directives données au jury, 28 verdicts sur 50 ont été maintenus par la Cour suprême. So that is only 3 reversals out of 16 for unreasonable verdicts, but more than half, 28 out of 50, when directives were the reasons for reversal.

This begs the question: why is the Supreme Court of Canada reluctant to intervene in jury verdicts independently of error in the directives? In order to understand the issues, I

will first consider the general arguments supporting deference to the jury, followed by the arguments in favour of jury control. Then I will examine the way in which appeal courts exercise control over juries through the appeal process, and look for common sources of intervention, which, by necessity, can only stem from errors in the trial judge's instructions to the jury.

Comme je ne dispose que de 35 minutes, voici ce que j'aimerais couvrir, mais que vous pourrez lire sur le site Web de la Cour si jamais je ne me rendais pas à la fin de mon allocution, faute de temps.

- I. La légitimité du jury et la déférence due aux verdicts de jury.**
- II. La légitimité du contrôle des verdicts de jury.**
- III. L'appel comme mode de contrôle des verdicts de jury en matière criminelle.**
- IV. L'intervention en appel en relation avec la confiance accordée aux procès devant jury.**
- V. Pourquoi l'appel d'un verdict de jury constitue un exercice d'équilibre délicat, parfois périlleux.**

I. La légitimité du jury.

The deference shown towards jury verdicts is first and foremost based on traditional arguments supporting the legitimacy and role of the jury in criminal trials as a whole. The role of juries in the common law tradition, particularly for serious criminal offences, is deeply rooted. In *R v Pan*; *R v Sawyer*, Arbour J., speaking for the Court, describes this tradition as a “vital component of our system of criminal justice.”³

Les arguments qui sous-tendent la légitimité du jury ont été résumés ainsi par la juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant pour la majorité, dans *R c. Sherratt* :

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

³ [2001] 2 SCR 344, at para 41 [*Pan*].

public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système. ⁴

Voyons de plus près les deux principaux arguments invoqués ici, soit la compétence particulière du jury en matière de faits: qui a fait quoi à qui, ainsi que la légitimité démocratique du jury.

1. Fact-finding

Juries are perceived as being particularly good at fact-finding for two main reasons.⁵ First, since the jury is made up of twelve ordinary people, from all walks of life, they represent a wider range of experience and knowledge than a judge sitting alone. Second, the jury's group dynamic gives it a greater capacity to recall information and to conduct a more thorough examination of the evidence by exchanging on the elements of the evidence.

The belief in the jury's fact-finding ability underlies its

⁴ [1991] 1 SCR 509, at p 523.

⁵ Jean-Claude Hébert, "Le jury : un canard boiteux?" (2003) R du B (numéro spécial) 311, p 323 [Hébert]; Dufraimont, *supra* note 2, at p 210.

role as trier of fact. As a result, courts show particular deference to the jury's fact-finding, a reality reflected in Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. It provides that the court of appeal may allow the appeal where it is of the opinion that "the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence." In applying this provision, the Supreme Court has emphasized that the Court of Appeal cannot simply substitute its appreciation of the facts for that of the jury. The test for an unreasonable verdict is stated by Pigeon J., speaking for the majority in *Corbett v R*:

Comme on l'a déjà signalé, la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.⁶

Bien que cette approche se justifie en raison de la déférence que mérite le décideur des faits, juge ou jury, la Cour souligne également les "qualités spéciales " des jurys en la matière: "A final factor which the court of appeal

⁶ [1975] 2 SCR 275, at p 282.

reviewing for unreasonableness must keep in mind, is that the jury may bring to the difficult business of determining where the truth lies special qualities which appellate courts may not share.”⁷

As a result of the high standard for intervention, the SCC has very rarely declared a jury verdict unreasonable or unsupported by the evidence. Only three cases of the 13 reviewed between 1975 and 2012 seem to have resulted in a finding that the verdict was unreasonable: *R v F (J)* (a case of incompatible verdicts),⁸ *R v Wise* (a case where the evidence against the accused was extremely slim),⁹ and *R v Molodowic*.¹⁰ In this way, the jury’s perceived special ability of fact-finding is used to justify deference to the jury’s verdict, particularly in the analysis of unreasonable verdicts.

2. L’indépendance des jurys vis-à-vis l’État.

Une deuxième justification du procès devant jury,

⁷ *R v François*, [1994] 2 SCR 827.

⁸ 2008 SCC 60.

⁹ 2003 Carswell BC 101 [*Wise*].

¹⁰ 2000 SCC 16, 2000 CarswellMan 169.

potentiellement plus importante, est sa légitimité en démocratie, due à la fois à sa représentativité du public, largement composé de personnes non initiées au système, et à son indépendance face au gouvernement.

The principles of jury secrecy and the selection of the jury amongst lay-persons representing the community ensure the jury's independence from the State, the judiciary, and any other outside influences.

These characteristics confer to the jury a particular legitimacy in the eyes of the public, and reinforce confidence in the administration of justice. As some commentators have pointed out, the public remains sceptical of judicial independence and sometimes sees judges as government actors.¹¹ In this context, juries lend greater legitimacy to the criminal process by ensuring that decisions are rendered by a body perceived as being entirely independent from the government, capable of rendering equitable decisions and protecting against the oppression of rigid laws.

¹¹ Hébert, *supra* note 5 at p 327.

C'est là ce qui justifie que le procès devant jury soit un droit constitutionnel protégé par l'article 11(f) de la *Charte des droits et libertés*.¹² L'indépendance du jury est de plus protégée par les règles qui limitent le rôle du ou de la juge dans les procès par jury et par le secret des délibérations. Par exemple, dans *R c Pan* et *R c Sawyer*,¹³ la Cour suprême était saisie de la constitutionnalité de la règle du secret des délibérations. Elle conclut que la règle était justifiée principalement par le caractère essentiel du droit à un procès par ses pairs, sans pressions sociales ou autres, assurant la possibilité, pour les jurés, d'exprimer librement leur opinion dans la salle de délibéré et de rendre des décisions honnêtes et impartiales.

Bon nombre d'interventions en appel à l'endroit de verdicts de jury s'expliquent davantage non comme des interventions visant à contrôler le jury, mais plutôt à contrôler la.le juge président le jury, précisément dans le but de protéger le rôle du jury comme décideur des faits. Dans *R v Krieger*,¹⁴ le verdict de culpabilité du jury fût renversé

¹² *Ibid.*

¹³ *Pan*, *supra* note 3 at 42.

¹⁴ 2006 SCC 47, [2006] 2 SCR 501.

parce que le juge avait émis un verdict dirigé de culpabilité, tout en disant au jury qu'il n'était pas lié par sa directive. Deux jurés tentèrent de se récuser. La Cour conclut que le juge avait privé l'accusé de son droit à un procès devant jury et ordonna un nouveau procès.

A similar situation occurred in *R v Gunning*,¹⁵ in which the judge told the jury that the Crown had made out the offence of careless use of a firearm, refused to submit the defence of property to the jury and instructed it that the only question at issue was whether the accused had the intention required to commit murder. The Supreme Court of Canada found that by substituting his appreciation as to whether the accused had been "careless", the judge had usurped the jury's role. A judge is entitled to give an opinion on a question of fact, but not a direction. Further, a judge is not entitled to direct a verdict of guilty. The duty to keep from the jury affirmative defences lacking an evidential foundation does not detract from this principle.

Other examples of limitations of the judge's intervention

¹⁵ 2005 SCC 27, [2005] 1 SCR 627.

include the “air of reality” cases, where the judge’s failure to submit a defense to the jury is called into question. The test requires that the judge submit a defense to the jury where there is evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could acquit if it accepted the evidence as true.¹⁶

As a variable standard, the test is used both to protect and to limit the jury’s role in the trial. In *R v Fontaine*,¹⁷ the judge failed to put a defence of mental disorder automatism to the jury. The Supreme Court of Canada overturned the verdict on the basis that the accused had properly alleged facts relevant to the defence, and that in refusing to put the defence to the jury, the judge had substituted his appreciation of the probative value of the evidence for that of the jury.

On the other hand, the test is also used to exclude the submission of certain questions to the jury, on the basis that: “... allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not

¹⁶ *R. v Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 SCR 3.

¹⁷ 2004 SCC 27, [2004] 1 SCR 702.

supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict.”¹⁸

Ainsi que le démontre le test du “air of reality”, une argumentation générale de protection du rôle du jury ne parvient pas à expliquer le traitement des verdicts de jury en appel. Bien que certaines interventions en appel aient pour objet de protéger le rôle du jury en tant que juge indépendant des faits, à vrai dire, plusieurs mesures visent à réduire l’impact de certaines présumées faiblesses du procès par jury, ce qui équivaut à une forme de contrôle du jury.

II. La légitimité du contrôle du jury.

Plusieurs caractéristiques du jury qui justifient son rôle – le fait qu’il est composé de non-initié.es, qu’il n’a pas à justifier son verdict, sont également des sources de méfiance à son endroit.¹⁹ On dira que les personnes ordinaires qui composent le jury auront une propension à

¹⁸ McLachlin CJ and Bastarache J speaking for the majority in *R v Cinous*, *supra* note 16, at para 50.

¹⁹ Dufraimont, *supra* note 2 at p 213.

accorder trop de poids à certaines facettes de la preuve, à mal comprendre le droit, et même à mal appliquer la loi en raison de préjugés inconscients ou d'idées préconçues. Comme le jury n'a pas à expliquer ses verdicts et délibère en secret, il pourrait être difficile de corriger ses erreurs. D'aucun.es pensent, erronément selon moi, que cela ouvre la porte à l'arbitraire.

Ces préoccupations ont donné lieu à divers mécanismes de contrôle des jurys.

Measures developed to prevent jury bias include the jury selection process, change-of-venue rules, challenges-for-cause and, until now, peremptory challenges. Concerns that the jury will misunderstand or disregard the law are addressed through the juror's oath, jury instruction rules, and the unusual rule that a party may not ask a jury to nullify a law through their verdict, although they can, in theory, still do so.²⁰ The risk of juries giving undue weight to unreliable forms of evidence is countered by the law governing

²⁰ *R. v Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30, p 78-79.

evidence, by the judge's instructions to the jury and by the judge's power to review and comment on the evidence.²¹

L'appel fait maintenant partie des mécanismes de contrôle de jurys. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les mécanismes de contrôle du jury considérés efficaces et légitimes ont beaucoup évolué à travers le temps. Avant le 19^e siècle, les juges du procès possédaient d'importants pouvoirs de réforme, après coup, des verdicts prononcés par les jurys. Jusqu'en 1670, les jurés pouvaient être condamnés au paiement d'une amende si leur verdict ne coïncidait pas avec celui du juge.²² En plus d'exercer une influence importante sur l'exercice du pouvoir de clémence de la Couronne, les juges du procès pouvaient également refuser d'accepter un verdict, interroger les jurés sur leur décision et les retourner à leurs délibérations pour qu'ils se penchent à nouveau sur leur verdict.²³

Around the 18th century, these ex-post methods fell into disrepute and were replaced with measures designed to

²¹ Dufraimont, *supra* note 2 at p 216-217.

²² Benjamin L. Berger, "Criminal Appeals as Jury Control: An Anglo-Canadian Historical Perspective on the Rise of Criminal Appeals" (2005) 10 Can Crim L Rev 1, at 4.

²³ *Ibid.*

***prevent* jury error rather than correct it, such as evidence law and jury instruction.²⁴ In this context, appeals of criminal trials were introduced in Canada in the 1892 codification effort to rationalize the criminal law,²⁵ to provide a mechanism for correcting judicial error in jury instructions and rulings on evidence, ensure a coherent development of the law of evidence and of jury instruction, and address a continuing high frequency of wrongful convictions.²⁶**

On peut facilement comprendre comment les pratiques anciennes de contrôle du jury ont perdu de la légitimité. Le concept d'un jury décideur des faits, indépendant, qui possède des caractéristiques auxquelles l'accusé a fondamentalement droit, s'accommode mal de mesures qui permettent au juge de passer outre à ses décisions s'il ou elle n'est pas d'accord. C'est ainsi que les mesures de contrôle des jurys deviennent, au fil du temps, de moins en moins contraignantes.

²⁴ *Ibid.* at p 5.

²⁵ *Ibid.* at p 32.

²⁶ *Ibid.* at p 15.

III. L'appel comme mode de contrôle des verdicts de jury en matière criminelle

L'appel en matière criminelle permet aux cours d'appel d'exercer un certain contrôle sur les jurys de plusieurs façons.

For example, in the case of indictable offences, an appeal brought by the accused may be granted in three circumstances: (1) where the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, (2) where the judgment should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, and (3) on any ground when there was a miscarriage of justice.²⁷ The appeal may, however, be dismissed where no substantial wrong or miscarriage of justice occurred²⁸ under the “curative proviso”. The Crown has a narrower right of appeal, limited to questions of law.²⁹

²⁷ *Criminal Code*, RSC 9185, c C-46 s 686(1)(a) [*Criminal Code*].

²⁸ *Ibid.* s 688(1)(b)(iii).

²⁹ *Ibid.* s 676.

Ceci m'amène à vous parler de l'appel du premier verdict dans l'affaire *Turcotte*. Vous vous rappellerez que le Dr. Turcotte avait été acquitté du meurtre de ses deux très jeunes enfants. Il ne s'agissait donc pas de son appel, mais plutôt de celui de la poursuite. Étant limité à des questions de droit, l'appel de la poursuite ne peut évidemment porter sur le caractère raisonnable ou déraisonnable du verdict.³⁰ Seule la décision de soumettre au jury la défense de troubles mentaux (et les directives à cet égard) était remise en question.

La preuve experte avait exposé que lors des événements, l'accusé, déjà profondément déprimé par suite d'une rupture conjugale, était en proie à une crise suicidaire et surtout, pour les fins de mon propos, avait bu du méthanol, un intoxicant, dans l'intention de se suicider. Or, en droit canadien, l'intoxication volontaire ne peut excuser un acte criminel.

Selon la poursuite, appelante, les effets de l'intoxication au méthanol rendaient inadmissible la défense de troubles

³⁰ *R. c. Turcotte*, 2013 QCCA 1916, paragr. 53.

mentaux. Par ailleurs, si cette défense était admissible, le juge aurait au moins dû expliquer au jury qu'en raison de cette intoxication volontaire, la défense de troubles mentaux devait être examinée sans tenir compte des effets de cette intoxication. Le juge du procès n'ayant donné aucune directive en ce sens, un nouveau procès fut ordonné, qui mena, cette fois-ci, à un verdict de culpabilité. Je ferme la parenthèse.

Comme nous l'avons vu précédemment, une conclusion de verdict déraisonnable permet aux cours d'appel de contrôler les jurys en écartant leurs constatations de faits. Bien qu'elles ne puissent substituer en entier leur appréciation de la preuve à celle du jury, la Cour suprême a rappelé que l'article 686(1)(a)(i) du Code criminel ouvre la porte à un certain ré-examen de la preuve factuelle en appel, en ce sens que la cour d'appel doit se satisfaire, dans une certaine mesure, de la suffisance de la preuve.³¹

³¹ *R v Yebes*, [1987] 2 SCR 168, at p 186; cited in *R v François*, [1994] 2 SCR 827, at para 12.

Dans *R c Wise*,³² la cour d'appel avait analysé le poids d'une preuve d'identification pour conclure que la preuve d'identification contre Wise ne pouvait se situer dans l'éventail de possibilités ouvert au jury. Le même test donne aux juges d'appel, explicitement, le pouvoir de rejeter des verdicts insoutenables à la lumière de l'expérience jurisprudentielle, en d'autres termes, des verdicts " that conflict with the bulk of judicial experience".³³ De cette manière, le manqué d'expérience du jury est compensé en permettant au tribunal d'appel d'invoquer sa connaissance du droit et de son expérience.³⁴ Bien que la Cour suprême prit soin de souligner qu'elle ne tendait pas ainsi une invitations aux juges d'appel de substituer leur opinion et expérience personnelle à celles des jurés³⁵, l'on constate que ce test ouvre aux juges d'appel la possibilité d'altérer le verdict.

En deuxième lieu, le pouvoir d'intervenir sur les questions de droit peut être utilisé pour contrôler les questions à soumettre au jury, le contenu des directives au

³² *Wise*, *supra* note 9, confirming the majority opinion in *R v Wise*, 2002 BCCA 80, 2002 CarswellBC 145.

³³ *R v Binias*, [2000] 1 SCR 381 at para 40.

³⁴ *Ibid.* at para 41.

³⁵ *Ibid.* at para 41.

jury et l'admissibilité de la preuve. Comme déjà mentionné, un test de vraisemblance, « the air of reality test », sert à décider si un moyen de défense sera soumis au jury et, ce faisant, a pour effet d'éliminer certaines défenses pour éviter d'induire le jury en erreur et réduire le risque d'un verdict non soutenu par la preuve.³⁶

The degree to which the test allows the judiciary to evaluate the weight of the evidence is a matter of some contention. Although everyone seems to agree that the judge must not assess credibility, weigh the evidence or make any findings or inferences in so doing, the division of the Supreme Court in *R v Cinous*³⁷ is telling. While the majority found that there was no evidence to support the contention that the accused reasonably believed that he had no alternative to murder (an element of self-defence), the dissent found that the accused had alleged a subjective belief that there was no alternative, and that this was sufficient to justify submitting the question of the reasonability of that belief to the jury. The majority opinion

³⁶ *R v Cinous*, *supra* note 16 at para 50.

³⁷ *Ibid.*

seems to suggest that, like the test for unreasonable verdicts, the “air of reality” test allows the court, to a certain extent, to examine the value of the evidence, which, in this case, was clearly self-serving.

Le plus souvent, comme déjà mentionné, ce qui donne ouverture à l'intervention d'une cour d'appel est une directive dont le contenu est erroné. La cour pourra parfois indiquer quelles instructions doivent être fournies au jury, par exemple sur certains éléments critiques comme les éléments essentiels d'une offense pertinente, sur la preuve hors de tout doute raisonnable et sur la façon d'envisager certains éléments de preuve.

Dans *R c Daley*,³⁸ par exemple, la majorité avait détaillé en huit étapes une directive typique. Un autre exemple est celui de la directive *Vetrovec*, fréquemment invoquée, qui décrit les quatre éléments essentiels d'une directive qui concerne la portée réduite du témoignage d'un témoin possiblement taré.³⁹

³⁸ *R v Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 2 SCR 523.

³⁹ *Vetrovec v The Queen*, [1982] 1 SCR 811.

The rate of intervention in jury instruction cases suggests that this mode of jury-control is much less controversial than intervention through the unreasonable verdict provision, for example. One can easily see why it is essential that the jury be properly informed of the elements of an offence that the Crown must prove, and why such errors, which are strictly errors of law, should be corrected. A similar analysis might apply to general instructions on the standard of proof beyond reasonable doubt.

Toutefois, l'intervention en appel devient davantage controversée lorsqu'il s'agit de savoir à quel point les juges d'instances peuvent restreindre l'utilisation, par le jury, de certains types de preuve. En pareil territoire, il devient difficile de tracer la ligne entre le rôle du juge et celui de décideur des faits du jury. La difficulté réside dans la réalité que pour adéquatement disposer de certains éléments de preuve, comme la conduite après offense ou le témoignage de témoins possiblement non fiables, le contexte revêt une importance singulière.⁴⁰ Cela fait en sorte que les directives du juge sur l'utilisation d'un certain type de preuve puisse

⁴⁰ See *R v White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 SCR 433.

être trop restrictive, ou pas assez. Il convient de rappeler de plus que la décision des juges de restreindre l'usage de certaines preuves puisse relever de préjugés inconscients concernant la fiabilité ou non-fiabilités des jurys lorsqu'il s'agit d'évaluer pareils éléments de preuve.

For example, in *R v Khela*, the majority restated the four essential elements of a *Vetrovec* directive, namely:

(1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining *why* this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused.⁴¹

The majority further specified that the other sources referred to must be independent and material.⁴² However, Justice Deschamps disagreed on the fourth element of the charge, finding that it unduly restricted and distracted the

⁴¹ *R v Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 SCR 104.

⁴² *Ibid.* at para 39-40.

jury from the task of evaluating evidence in a flexible and rational manner. In her concluding statement, she pointed to the link between the law of evidence and trust in the jury's competency: "There has been a general trend in the law of evidence towards more flexible rules, as trial judges and juries are shown the trust they need to perform their fact finding duties properly. The majority's decision in this case is a step back from that trend."⁴³

IV. L'intervention en appel et la confiance envers les verdicts de jury

D'une certaine façon, le niveau d'intervention sur l'appel d'un verdict de jury dépend de l'attitude des juges d'appel concernant la capacité des jurés de comprendre les directives qui leur sont données, tant sur les concepts légaux qui leur sont expliqués que sur l'évaluation de la preuve qui leur est présentée. Comme les jurys ne motivent pas leur verdict, de semblables attitudes peuvent être influentes sans être apparentes.

⁴³ *Ibid.* at para 99.

For example, the “curative proviso” stage of appellate analysis requires judges to speculate whether an error of law made by the judge was likely to have caused a wrongful conviction. The Supreme Court explicitly recognized this in *R v Sarrazin*:

This assessment is necessarily somewhat speculative, as no one really knows what the *actual* jury would have done if its members had been properly presented with all of the verdicts that might reasonably have arisen on the evidence. Of course, no one *can* know, since members of the jury cannot be questioned after the trial.⁴⁴

[Emphasis in the original]

Many dissenting opinions on jury instruction can be explained by a varying degree of trust in the competency of juries. In *R v Sarrazin*, the Court was called upon to consider whether a judge’s failure to give instruction on attempted murder could reasonably have had an impact on the verdict. The medical evidence on the victim’s death cast some doubt as to whether the injuries inflicted by the accused had in fact caused the death. The majority found that the failure to give the jury an alternative verdict to murder might have

⁴⁴ *R v Sarrazin*, 2011 SCC 54 at para 22, [2011] 3 SCR 505 [*Sarrazin*].

induced the jury to convict despite the fact that they might have otherwise had some doubt as to the medical evidence, because they did not want to acquit a person who had intended and attempted to kill. They argued that the choices available have an influence on the outcome of the verdict. However, Cromwell J., writing for the dissent, argued that this conclusion rests on the assumption that the jury violated the standard of proof beyond a reasonable doubt. If the jury had found that the accused had the intent to kill, but did not in fact cause the death, the application of the standard of proof required the jury to acquit. Cromwell J. strongly denounced the assumptions of incompetency that underlie this conclusion:

Respectfully, this is an elegantly understated way of expressing what to me is an unacceptable proposition: appellate courts should assume that a jury might relax the standard of proof of causation because the alternative would be to let the accused walk. I cannot agree, on such speculative grounds, to set aside a jury verdict of 12 citizens who are presumed to have honoured their oath and who received impeccable legal instructions on the very issue in contention. [...] This sort of speculation at the jury's expense has no basis in fact and necessarily imputes to the jurors — and all 12

of them at that — a “subconscious” failure to fulfill their sworn duty.⁴⁵

Lorsque la question vise les directives au jury sur le doute raisonnable, on constate encore une fois que les disparités de confiance envers le jury se manifestent par l’expression de doutes sur la capacité du jury de bien comprendre la notion de “doute raisonnable”.

C’est ainsi que dans *R c Rhee*,⁴⁶ le juge dit au jury de comprendre le “doute raisonnable” selon le sens ordinaire des mots, sans expliquer qu’il s’agissait d’un test plus exigeant que celui du seuil des probabilités.

The majority found that the charge was in substantial compliance with the elements of a charge on reasonable doubt as described in *R v Lifchus*.⁴⁷ Justice LeBel, in dissent, argued that the charge invited the jury to apply the ordinary standard of proof for decision-making that they use in their everyday lives, which is in fact a balance of probabilities. In his view, the judge’s failure to emphasize the special,

⁴⁵ *Ibid.* at paras 53-54.

⁴⁶ 2001 SCC 71, [2001] 3 SCR 364.

⁴⁷ *R v Lifchus*, [1997] 3 SCR 320.

onerous character of reasonable doubt created a reasonable likelihood that the jury misunderstood the appropriate standard. One might well conclude that this decision rests on assumptions about the degree to which ordinary people understand the presumption of innocence before they step into the courtroom.

A similar division can be observed on charges pertaining to evidence, such as in *R v Van*,⁴⁸ in which a police officer's testimony contained some elements of hearsay and contained a suggestion that the police officer's opinion as to the accused's guilt was based on proof not presented at trial. The judge had failed to caution the jury in relation to this testimony. A majority of five judges found that a reasonable jury would not have relied on the hearsay elements and the police officer's authority to decide the case. The four judges in dissent, however, felt that the police officer's testimony could have induced the jury into believing his opinion was more informed and worthy of respect than it really was, and that lay persons were likely to give too much weight to an experienced authority figure

⁴⁸ *R v Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 SCR 716.

such as a police officer. Again, one can surmise that the division of the court, here, rests on a differing degree of mistrust in the jury's ability to assess the credibility of certain witnesses and certain types of proof.

The foregoing analysis suggests that consistency and predictability in appellate intervention in jury verdicts could be improved by objective evidence of juries' capabilities. Some research conducted on American simulated juries suggests that juries are in fact "remarkably competent" at fact-finding in general.⁴⁹ However, reviewing the scientific literature on the question, Lisa Dufraimont identifies certain issues that juries have greater difficulty with: understanding legal instruction, properly evaluating statistical, scientific and expert evidence, and giving proper weight to eyewitness identification and confessions arising from police interrogations.⁵⁰ Proper identification of the true risks in jury trials and reference to that evidence to support appellate intervention may help reduce dissent and improve the legitimacy of appellate intervention.

⁴⁹ Reid Hastie, Steven D Penrod & Nancy Pennington, *Inside the Jury* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983) at 230, cited in Dufraimont, *supra* note 2, at p 231.

⁵⁰ Dufraimont, *supra* note 2 at 232.

Scholars are not alone in their support of this view. In *R v Find*, the Court was called upon to address allegations of widespread jury bias in sexual assault cases. In response to some preliminary studies put forward on the question, the Court expressed the following opinion:

Les efforts déployés par Vidmar et d'autres personnes pour effectuer des recherches scientifiques sur le comportement des jurés sont louables. Malheureusement, l'interdiction quasi absolue faite par l'art. 649 du Code criminel aux membres d'un jury de divulguer tout renseignement relatif aux délibérations du jury limite les recherches sur l'effet des attitudes des jurés sur leurs délibérations et leurs verdicts. Il serait opportun qu'on procède à une analyse plus exhaustive et scientifique de cette question et d'autres aspects du droit criminel et du processus pénal.⁵¹

Therefore, there is ample support for the view that a deeper empirical understanding of the difficulties faced by juries might help focus jury control measures where they are truly needed and reinforce the legitimacy of appellate intervention.

V. The Appeal of a Criminal Jury Trial: A Delicate Balancing Act

⁵¹ *R v Find*, 2001 SCC 32 at para 87, [2001] 1 SCR 863.

The foregoing analysis suggests that appellate review of jury verdicts involves competing objectives. On the one hand, protection of the jury's autonomy, reflected in its lay character, unaccountable verdict and secret deliberation, is one of the Supreme Court's primary concerns. On the other hand, the jury is perceived as entailing some vulnerabilities that justify jury-control measures. Certain types of measures, such as jury instruction, are considered less intrusive on the primary function of the jury than others, and therefore give rise to greater intervention. The degree to which courts are willing to intervene in such cases depends on the degree to which the Court buys into mistrust of the jury's competency. Since jury decisions and deliberation are protected by jury secrecy, the Court's decision often rests on assumptions about the jury's abilities and reasoning.

It may be that the Supreme Court's overall reluctance to set aside jury verdicts may be explained by this degree of speculation. In the absence of empirical evidence of incompetency, it makes sense to err on the side of caution and give the jury the benefit of the doubt. When this non-

intervention in a jury verdict gives rise to a conviction, one might question whether the presumption of innocence commands the opposite approach. In cases of doubt, should appellate courts protect the jury's autonomy, or the freedom of the accused? That is where the notion that an appellate court may rely on its experience and knowledge to fashion an answer that satisfies justice while providing guidance is most helpful.

Nicole Duval Hesler, C.J.Q.