

Allen Harry Lee *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and
the Attorney General of Quebec** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. LEE

File No.: 20235.

1989: March 22; 1989: December 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by judge and jury (s. 11(f)) — Charter right limited by stipulation that the maximum sentence for crime be at least five years' imprisonment — Criminal Code (s. 526.1) removing right to jury on subsequent trial if accused failing to appear without legitimate reason — Accused charged with offence carrying maximum penalty of life imprisonment — Trial by judge and jury elected but accused failing to appear — Jury trial denied — Whether or not s. 526.1 of the Criminal Code infringing on s. 11(f) of the Charter — If so, whether or not infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(f) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 526.1.

Appellant was charged and subsequently convicted of an offence carrying a maximum punishment of life imprisonment. He elected trial by judge and jury. Appellant's counsel withdrew before the date set for jury selection explaining that he had had no contact with the appellant for some time, that he did not have the appellant's current address or telephone number, and that he would advise the appellant of his withdrawal. Neither appellant nor anyone on his behalf appeared on the dates set for the selection of a jury and for the commencement of the trial. Appellant was arrested, appeared before the court, and after an adjournment, appeared with new counsel.

Argument was later heard as to whether or not appellant was still entitled to a jury trial. The appellant's excuse for not appearing was that he had been advised

Allen Harry Lee *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

**Le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Québec** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. LEE

N° du greffe: 20235.

1989: 22 mars; 1989: 21 décembre.

c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès devant un juge et un jury (art. 11f) — Droit garanti par la Charte limité par une exigence que le crime en question entraîne une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement — Code criminel (art. 526.1) supprimant le droit au jury dans le cadre d'un procès subséquent si l'accusé ne comparait pas, sans raison légitime — Accusé inculpé d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité — L'accusé a choisi un procès avec juge et jury mais n'a pas comparu — Procès avec jury refusé — L'article 526.1 du Code criminel viole-t-il l'art. 11f de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11f) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 526.1.

e

f

g

h

i

j

L'appellant a été accusé et par la suite reconnu coupable d'une infraction comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Il a choisi un procès avec juge et jury. L'avocat de l'appellant s'est retiré du dossier avant la date prévue pour la sélection du jury, ayant expliqué qu'il n'avait pas été en contact avec l'appellant depuis quelque temps, qu'il ne connaissait ni son adresse si son numéro de téléphone et en outre qu'il informerait l'appellant de sa décision. Aux dates fixées pour la sélection d'un jury et pour le commencement du procès, l'appellant n'a pas comparu ni personne d'autre en son nom. L'appellant a été arrêté, a comparu en cour et, après un ajournement, a comparu encore une fois avec un nouvel avocat.

On a débattu par la suite la question de savoir si l'appellant avait encore droit à un procès avec jury. L'excuse de l'appellant consistait à dire qu'il avait été

by his former lawyer's office that he need not appear for the jury selection and that he had received no notification concerning his lawyer's withdrawal from the case. The trial judge refused to accept this as a legitimate excuse without corroboration. He held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and ruled that the appellant was no longer entitled to a jury trial.

The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issue of the constitutionality of s. 526.1. Evidence regarding the degree of disruption and financial cost of accused persons failing to appear for jury selection was introduced in a companion case (*Re McNabb and The Queen*), for the purpose of establishing s. 526.1 as a reasonable limit on s. 11(f) under s. 1 of the *Charter*. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for the reasons it gave in *Re McNabb and The Queen* in which it held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. The appellant and McNabb concurrently sought and were granted leave to appeal to this Court. The Attorney General of British Columbia subsequently directed a stay of proceedings in *Re McNabb and The Queen* and McNabb discontinued his appeal to this Court.

The constitutional questions before this Court queried (1) whether s. 526.1 of the *Criminal Code* violates the right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, and (2) if so, whether it is justified under s. 1.

Held (Wilson and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer, La Forest and Cory JJ.: For the reasons given by Wilson J., s. 526.1 of the *Criminal Code* restricts s. 11(f) of the *Charter*.

Non-attendance may properly lead to an inference that one has waived the right to be present, but not necessarily that one has waived the right to be tried by a jury. The only way to truly waive the right to be tried by jury is to re-elect or to elect differently or enter a guilty plea.

The rationale for the section lies in the "cost" to potential jurors and to the criminal justice system in terms of economic loss and of the disaffection created in the community for the system of criminal justice. This purpose is much broader than being merely a punishment because failure to appear at trial is already a criminal offence. Its importance therefore cannot be

informé par le bureau de son ancien avocat, qu'il n'avait pas à comparaître pour la sélection du jury et qu'il n'avait pas reçu l'avis du retrait de son avocat du dossier. Le juge du procès a refusé d'accepter cela comme une excuse légitime en l'absence de corroboration et il a statué que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'appellant n'avait plus droit à un procès avec jury.

L'appellant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de la constitutionnalité de l'art. 526.1. Dans une affaire connexe (*Re McNabb and The Queen*), une preuve relative aux coûts financiers et aux perturbations entraînés par la non-comparution d'accusés pour la sélection du jury a été produite dans le but d'établir que l'art. 526.1 est, aux fins de l'article premier de la *Charte*, une restriction raisonnable apportée à l'al. 11f). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel pour les motifs exposés dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen*, où elle a conclu que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'appellant et McNabb ont demandé simultanément, et ont obtenu, l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Par la suite, le procureur général de la Colombie-Britannique a ordonné l'arrêt des procédures dans l'affaire *Re McNabb and The Queen* et McNabb s'est désisté de son pourvoi.

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir 1) si l'art. 526.1 du *Code criminel* viole le droit à un procès avec jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte* et 2), dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier.

Arrêt (les juges Wilson et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest et Cory: Pour les raisons données par le juge Wilson, l'art. 526.1 du *Code criminel* apporte une restriction à l'al. 11f) de la *Charte*.

La non-comparution peut à juste titre fonder l'inférence que l'intéressé a renoncé au droit d'assister au procès, mais pas nécessairement qu'il a renoncé au droit d'être jugé par un jury. Les seules manières de renoncer vraiment au droit d'être jugé par un jury sont de faire un nouveau choix, de faire au départ un choix différent ou de plaider coupable.

La raison de l'article en cause tient au «coût» pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection engendrée au sein de la collectivité envers le système de justice criminelle. Cet objet dépasse la simple punition, car la non-comparution au procès constitue déjà une infraction criminelle. Son

measured solely by reference to the amount of money involved. The cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall "cost", both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole.

The objective of the section is rationally connected to the concern over diminishing public respect and confidence in the system of criminal justice because of the failure of accused persons to attend for their trials. It is also rationally connected to the objective of deterring accused persons from not attending for their trials. The section impairs the right as little as possible in order to achieve the legislative objective. Therefore, it is proportionate to the objective of maintaining respect for the system.

Per Gonthier J.: Section 526.1 of the *Criminal Code* denies a trial by jury only where the accused has failed to appear without legitimate excuse or where the Attorney General does not require that the trial be a jury trial. The section was designed to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process — clearly a valid legislative purpose.

The effect of s. 526.1(1)(a) did not offend s. 11(f) of the *Charter*. The exercise of a right under s. 11(f) of the *Charter* is completed when the accused appears in court at the requisite time and not when the accused elects trial by jury. An accused who fails to appear for no legitimate reason and who is denied a jury trial under s. 526.1(1)(a) may not assert that he has been deprived of his right under s. 11(f) of the *Charter*. *Charter* rights must not be taken lightly either by the state or by the citizens whom they are meant to protect. The accused has, by his own conduct, failed to exercise his right under s. 11(f). It was illusory to speak in such circumstances of state denial of a *Charter* right.

Per Wilson and Sopinka JJ. (dissenting): Section 11(f) of the *Charter* clearly and unambiguously states that the only qualifications on the right to a jury trial are that the maximum punishment for the offence be at least five years' imprisonment or that the offence be under military law tried before a military tribunal. Appellant was charged with an offence punishable by life imprisonment and therefore protected by s. 11(f).

importance ne peut en conséquence se mesurer uniquement par référence aux sommes en cause. Le coût, et implicitement l'importance de l'objectif, doivent être mesurés en fonction du «coût» global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci.

L'objet de l'article a un lien rationnel avec la préoccupation que suscite la baisse du respect du public pour le système de justice criminelle et la baisse de sa confiance dans ce système, provoquée par la non-comparution d'accusés à leur procès. Elle a en outre un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à dissuader les accusés de s'absenter de leur procès. L'article vise cet objectif en portant atteinte le moins possible au droit en question. Par conséquent, il est proportionné à l'objectif du maintien du respect pour le système.

Le juge Gonthier: L'article 526.1 du *Code criminel* ne refuse à un accusé un procès avec jury que lorsqu'il n'a pas comparu et n'a pas d'excuse légitime ou lorsque le procureur général n'exige pas un procès avec jury. Cet article vise à éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et à assurer le respect du public pour le processus des procès criminels — manifestement un objet législatif valable.

L'alinéa 526.1(1)a), de par son effet, ne viole pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'exercice d'un droit garanti par l'al. 11f) de la *Charte* est complet quand l'accusé comparaît en cour au moment fixé et non pas quand il choisit d'être jugé par un jury. Un accusé qui, sans aucune raison légitime, ne comparaît pas et qui se voit refuser un procès avec jury en vertu de l'al. 526(1)a) ne saurait affirmer avoir été privé du droit que lui accorde l'al. 11f) de la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* ne doivent être pris à la légère ni par l'État ni par les citoyens qu'ils sont destinés à protéger. Par sa propre conduite, l'accusé a omis d'exercer le droit garanti par l'al. 11f) et, en pareil cas, il est inexact de parler de la négation par l'État d'un droit accordé par la *Charte*.

Les juges Wilson et Sopinka (dissidents): L'alinéa 11f) de la *Charte* porte en termes clairs et non équivoques que les seules restrictions imposées au droit à un procès avec jury sont l'exigence que la peine maximale prévue pour l'infraction soit un emprisonnement d'au moins cinq ans et qu'il ne s'agisse pas d'une infraction relevant de la justice militaire. Accusé d'une infraction pouvant entraîner l'emprisonnement à perpétuité, l'appelant était protégé par l'al. 11f).

Section 11(f) of the *Charter* and s. 429 (now s. 471) of the *Code* grant parallel rights to a jury trial. Section 526.1 was only intended to deal with the right under the *Code* and was not designed to deal with the *Charter* right to a jury trial.

Section 526.1 had a clearly valid legislative purpose, namely, to improve the operation of the *Bail Reform Act* by ensuring that accused persons released on bail showed up for their trials. It was designed to protect the administration of justice against delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process. An ancillary objective may have been deterrence and punishment in that an accused who elects a jury trial and fails to attend without a legitimate excuse loses his right to a jury trial in addition to being liable for the separate offence of failing to appear (s. 133(2), now s. 145(2)).

The effect of s. 526.1 was that, if an accused fails to appear for trial without a legitimate excuse, the accused shall not be tried by a court composed of a judge and jury. It accordingly infringed s. 11(f) of the *Charter*.

The failure to appear did not meet the requirements for an effective waiver. Appellant was not shown to have clearly and unequivocally waived his *Charter* right or to have been aware that the consequences of his conduct in failing to appear for jury selection and the commencement of his trial would be or could be the loss of his *Charter* right to a jury trial.

The want of a legitimate excuse for failing to appear disclosed a lack of respect for the administration of justice but did not constitute an abandonment of his *Charter* right to one form of trial as opposed to another. There was no direct connection between the accused's failure to appear without a legitimate excuse and the form of his trial. Appellant's failure to appear for the selection of a jury which forms part of his trial for purposes of s. 526.1, may have been more directly tied to the form of trial guaranteed him by the *Charter* but it too did not manifest a clear and unequivocal intention to forego the right to trial by jury which he had already elected and assiduously maintained despite his failure to appear.

It was not the conduct of the accused, either by voluntarily waiving his right or failing to exercise it, that caused the loss of the appellant's s. 11(f) right. It was s. 526.1 of the *Criminal Code* which purported to deprive

L'alinéa 11f) de la *Charte* et l'art. 471 du *Code* confèrent des droits parallèles à un procès avec jury. L'article 526.1 vise uniquement le droit conféré par le *Code* et n'a pas été conçu en fonction du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*.

L'article 526.1 vise un objet législatif manifestement valable, savoir d'améliorer l'application de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en assurant la comparution à leur procès d'accusés mis en liberté sous caution. Il vise à éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et à assurer le respect du public pour le processus des procès criminels. La dissuasion et le châtement sont peut-être des objets visés accessoirement, en ce que l'accusé qui choisit de subir son procès devant un jury et qui, sans excuse légitime, n'y comparait pas, perd son droit à un procès avec jury et risque en plus d'être poursuivi pour l'infraction distincte de non-comparution (le par. 133(2) maintenant le par. 145(2)).

L'article 526.1 a pour effet que l'accusé qui omet, sans excuse légitime, de comparaître à son procès, ne sera pas jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Cet article va donc à l'encontre de l'al. 11f) de la *Charte*.

La non-comparution ne satisfait pas aux conditions d'une renonciation valable. Il n'a pas été démontré que l'appellant avait renoncé de façon claire et non équivoque au droit que lui conférait la *Charte* ni qu'il savait que sa non-comparution, d'abord pour la sélection du jury et ensuite au commencement de son procès, entraînerait ou pourrait entraîner la perte du droit, garanti par la *Charte*, à un procès avec jury.

L'absence d'excuse légitime pour la non-comparution traduit un manque de respect pour l'administration de la justice, mais ne constitue pas un abandon du droit, garanti par la *Charte*, d'être jugé d'une manière plutôt que d'une autre. Il n'existe aucun lien direct entre la non-comparution de l'accusé sans excuse légitime et le mode de son procès. La non-comparution de l'appellant pour la sélection du jury qui, aux fins de l'art. 526.1, fait partie de son procès, se rapporte peut-être plus directement au mode de procès auquel il a droit suivant la *Charte*, mais ne constitue pas non plus la manifestation d'une intention claire et non équivoque de renoncer au droit à un procès avec jury, droit dont il avait déjà choisi de se prévaloir et qu'il avait fait valoir avec insistance en dépit de sa non-comparution.

Ce n'est pas la conduite de l'accusé, soit par la renonciation volontaire à son droit, soit par le non-exercice de celui-ci, qui a causé la perte du droit que lui donne l'al. 11f). C'est l'art. 526.1 du *Code criminel* qui

him of it. The section could not stand because it could not be justified under s. 1.

The evidence disclosed that failing to attend for trial was not a major problem. Respondent failed to discharge the onus of establishing that s. 526.1 meets a pressing and substantial concern. Moreover, its objectives of reducing administrative inconvenience and expense were insufficient to override a vital constitutional right. Nor did the provision impair the right as little as possible.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Gladue (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *Re Voisard and the Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 570; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219; *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89; *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xv; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

Statutes and Regulations Cited

Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b), 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as am., ss. 133, 429, 431.1, 526.1, 738(3)(a).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 4(1), (3).

Authors Cited

Baril, Alain. *Évaluation des coûts encourus par la Direction générale des services judiciaires suite à un procès par jury*. Février 1988.

a cet effet. Cet article n'est pas valide parce qu'il ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

La preuve indique que la non-comparution ne représente pas un problème majeur. L'intimée ne s'est pas acquittée de l'obligation d'établir que l'art. 526.1 répond à une préoccupation urgente et réelle. De plus, son objectif de réduction des inconvénients et des coûts administratifs n'est pas suffisant pour primer un droit constitutionnel aussi vital que celui dont il s'agit en l'espèce. De plus, la disposition en cause ne porte pas atteinte le moins possible au droit en question.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. v. Gladue (1982), 2 C.C.C. (3d) 175; *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *Voisard c. Cour des Sessions de la paix*, [1978] C.A. 168; *R. v. Ramirez* (1982), 9 W.C.B. 107; *R. v. Ryan* (1986), 62 Nfld. & P.E.I.R. 27, 190 A.P.R. 27; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219; *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89; *R. v. Czuczman* (1986), 26 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10(b), 11(f).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, et mod., art. 133, 429, 431.1, 526.1, 738(3)(a).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.
Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, chap. 37.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 4(1), (3).

Doctrine citée

Baril, Alain. *Évaluation des coûts encourus par la Direction générale des services judiciaires suite à un procès par jury*. Février 1988.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. W. D. Lewis, ed. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (for reasons given in *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, 55 C.R. (3d) 369, 9 B.C.L.R. (2d) 244, 30 C.R.R. 172, [1987] 2 W.W.R. 308) dismissing an appeal from a judgment of Fisher J. dismissing an appeal from a judgment of Hogarth Co. Ct. J. Appeal dismissed, Wilson and Sopinka JJ. dissenting.

A. G. Henderson, A. C. Ward and E. Warren, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Cory Stolte*, for the respondent.

Paul S. Lindsay, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, La Forest and Cory JJ. was delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues Justice Wilson and Justice Gonthier. I agree with Wilson J., for the reasons she gives, that s. 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, restricts s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees the right to the benefit of a jury trial where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment. With respect, however, I reach a different conclusion as regards the analysis pursuant to s. 1 of the *Charter*.

It seems to me that the focus of the discussion under s. 1 must be on the purpose or rationale for denying a person a jury trial the second time around, that is to say after he has failed to appear or to remain in attendance for his trial. Under the section that is being attacked, a person who does not appear at his trial does not waive his right to be present at the trial. This is to be contrasted with

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, W. D. Lewis, ed. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, (selon les motifs de son arrêt *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266, 55 C.R. (3d) 369, 9 B.C.L.R. (2d) 244, 30 C.R.R. 172, [1987] 2 W.W.R. 308) qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Fisher rejetant un appel d'un jugement du juge Hogarth de la Cour de comté. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et Sopinka sont dissidents.

^c *A. G. Henderson, A. C. Ward et E. Warren*, pour l'appelant.

S. R. Fainstein, c.r., et *Cory Stolte*, pour l'intimée.

^d *Paul S. Lindsay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^e *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, La Forest et Cory rendu par

^f LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mes collègues les juges Wilson et Gonthier. Comme le juge Wilson, et pour les mêmes raisons, j'estime que l'art. 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, tel que modifié, ^g apporte une restriction à l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction en question est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave. Avec égards, toutefois, j'arrive à une conclusion différente de la sienne sur l'analyse faite en vertu de l'article premier de la *Charte*.

ⁱ Il me semble que l'étude en vertu de l'article premier doit être axée sur l'objet ou la raison du refus d'accorder une seconde fois un procès avec jury à un accusé, c'est-à-dire après sa non-comparution ou son absence à son procès. Selon l'article contesté en l'espèce, une personne qui ne comparait pas à son procès ne renonce pas de ce fait au droit d'y assister. Cet article diffère de l'al.

s. 738(3)(a) of the *Criminal Code* (now s. 803(2)(a)) which states that the court may, where a person charged with a summary conviction offence does not appear for trial, proceed *ex parte* to hear and determine the case in the absence of the defendant. As well, it should be noted that s. 431.1 of the *Criminal Code* (now s. 475) provides that if a person absconds once his trial has started he shall be deemed to have waived the right to be present and the court may continue the trial in the accused's absence. This section applies to indictable offences. The provision at issue does not provide for the trial to proceed in the accused's absence, but rather denies him the right to a particular mode of trial, that is trial by jury, if and when he appears.

Non-attendance may properly lead to an inference that one has waived the right to be present, but not necessarily that one has waived the right to be tried by a jury. The only way to truly waive the right to be tried by jury is to re-elect or to elect differently or enter a guilty plea.

As for the purpose behind the section at issue then, it seems to me that it extends beyond the punishment of those accused who fail to appear. Regardless of the mode of trial, failure to appear at trial is already an offence under s. 133(2) (now s. 145(2)) of the *Criminal Code*. The rationale for the section lies in the "cost" to potential jurors and to the criminal justice system in terms of economic loss and of the disaffection created in the community for the system of criminal justice, especially through the first jury panel. The section was enacted, as Wilson J. notes at p. 1406 in her reasons, "to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process". [Emphasis added.] The expense, it should be noted, is not only to the system. Persons summoned to serve on a jury panel have little choice but to obey the summons, and as such individuals who are selected as potential jurors often forgo for a substantial time their daily livelihood. In smaller and more remote communities this may have a severe disruptive effect on the

738(3)a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 803(2)a)) qui dispose que, lorsqu'une personne inculpée d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ne comparaît pas à son procès, la cour peut entendre et décider l'affaire *ex parte* en l'absence du défendeur. Il faut noter en outre qu'aux termes de l'art. 431.1 du *Code criminel* (maintenant l'art. 475), si une personne s'esquive après que son procès a commencé, elle est réputée avoir renoncé au droit d'y assister et la cour peut poursuivre le procès en son absence. Cet article s'applique aux actes criminels. Quant à la disposition en cause ici, elle ne prévoit pas la poursuite du procès en l'absence de l'accusé, mais lui retire plutôt le droit à un mode particulier de procès, un procès avec jury, si jamais il comparaît.

Or, la non-comparution peut à juste titre fonder l'inférence que l'intéressé a renoncé au droit d'assister au procès, mais pas nécessairement qu'il a renoncé au droit d'être jugé par un jury. Les seules manières de renoncer vraiment au droit d'être jugé par un jury sont de faire un nouveau choix, de faire au départ un choix différent ou de plaider coupable.

Pour ce qui est de l'objet de l'article en cause, il me semble qu'il ne se borne pas à punir un accusé qui ne comparaît pas à son procès. En effet, indépendamment du mode de procès, la non-comparution au procès constitue déjà une infraction au par. 133(2) (maintenant le par. 145(2)) du *Code criminel*. La raison de cet article tient au «coût» de la non-comparution pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection qu'elle engendre au sein de la collectivité envers le système de justice criminelle, en ce qui concerne surtout le premier jury. L'article a été adopté, comme le fait remarquer le juge Wilson dans ses motifs, à la p. 1406, «afin d'éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et afin d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels». [Je souligne.] Précisons que ce n'est pas uniquement le système qui supporte le coût. Les personnes convoquées pour former un tableau des jurés peuvent difficilement refuser d'obéir à l'assignation et, en conséquence, doivent

jurors. Similarly, in these areas the cost of empanelling a jury the first time let alone a second time is very high. All of this leads to an erosion in public confidence and a frustration with the system when the accused fails to appear for his trial and the assembled jury panel has to be sent away. This is the mischief the section attempts to minimize. The issue then at the s. 1 analysis is to balance the restriction on the right to a trial by jury against the "cost" to individuals and society of the non-appearance of accused persons for their trials.

I agree with Wilson J. that the purpose underlying the section is "a valid legislative purpose", but I am further of the view that it is a purpose or objective that is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right. I do not believe that the importance of the objective can be measured solely by reference to the amount of money lost as a result of the non-appearance of accused persons, and the cost of empanelling a second jury. Rather the cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall "cost", both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole. When viewed in this light, I conclude that the legislative objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right, especially where the restriction is limited to those who have abused the system without a legitimate excuse. It now remains to be seen if the legislative provision is proportionate to its objective.

In terms of whether the legislative measure is rationally connected to the objective, I am of the view that the section is connected to the concern over diminishing public respect and confidence in the system of criminal justice because of the failure of accused persons to attend for their trials. It is also rationally connected to the objective of

souvent s'absenter de leur travail quotidien pendant une durée considérable. Dans de petites localités et des localités éloignées, cela risque d'avoir sur les jurés des effets gravement perturbateurs. ^a En outre, le coût de la sélection d'un premier jury, et à plus forte raison d'un second, est très élevé dans ces régions. Cette situation amène une diminution de la confiance du public dans le système et un sentiment de frustration à son égard chaque fois qu'un accusé ne comparait pas à son procès et que les jurés, ayant été réunis, doivent être renvoyés. Tel est le mal que l'article en cause tente de prévenir. Il s'agit donc, aux fins de l'analyse selon ^b l'article premier, de soupeser la restriction apportée au droit à un procès avec jury et le «coût», pour les particuliers et pour la société, de la non-comparution d'accusés à leur procès.

^a Je partage l'avis du juge Wilson que le but visé par l'article en question est «un objet législatif valable», mais j'estime également que ce but ou objectif revêt une importance suffisante pour primer un droit constitutionnel. Je ne crois pas que ^e l'importance de l'objectif puisse se mesurer uniquement par référence aux sommes perdues par suite de la non-comparution d'accusés et au coût de la sélection d'un second jury. Le coût et, implicitement, l'importance de l'objectif, doivent être ^f mesurés en fonction du «coût» global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du ^g point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci. Je conclus que, quand on le considère sous cet angle, l'objet législatif est suffisamment important pour primer un droit constitutionnel, particulièrement lorsque la restriction se ^h limite à ceux qui ont abusé du système sans excuse légitime. Il reste maintenant à déterminer si la disposition législative en cause est proportionnée à son objet.

ⁱ Quant à savoir si cette mesure législative présente un lien rationnel avec l'objet visé, je suis d'avis qu'elle a un lien avec la préoccupation que suscite la baisse du respect du public pour le système de justice criminelle et de sa confiance dans ce système, provoquée par la non-comparution d'accusés à leur procès. Elle a en outre un lien

detering accused persons from not attending for their trials. Further, the section impairs the right as little as possible in order to achieve the legislative objective. I reiterate that the section is not simply designed to punish the accused for his non-attendance. That objective is already dealt with by other sections of the *Criminal Code*, specifically s. 133 (now s. 145). Therefore, suggestions in relation to alternative punitive schemes or measures are largely irrelevant to the objective of maintaining the respect and confidence of the public in our criminal justice system. The section is designed to deal with individuals who have abused the system by not attending for their trials without a legitimate excuse. In short, the accused has abused his right to a jury trial once. The question then, is whether it is proportionate to the objective for Parliament to deny him the right the second time. I conclude that it is. There is only a limited amount of good will, confidence and respect in the public for our system of criminal justice. Therefore there is a corresponding limit to the amount of that public good will that all participants in the system, including accused persons, can spend before respect and confidence in the system significantly diminishes. In my view, the accused in the case at bar and others like him, have spent their share of good will in the public as regards the civic duty of serving on juries. Only those accused who both fail to appear and can offer no legitimate excuse are deprived of a second chance to be tried by a jury. In these circumstances I am of the view that the section is proportionate to the objective of maintaining respect for the system. The section does not remove the right to a trial, and nor does it remove the right of the accused to be present at his trial. I conclude therefore that the negative effects of the restriction do not outweigh the importance of the legislative objective.

For these reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the right to trial by jury guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

rationnel avec l'objectif qui consiste à dissuader les accusés de s'absenter de leur procès. De plus, l'article atteint son objectif en portant atteinte le moins possible au droit en question. L'article, je le répète, n'a pas pour simple but de punir l'accusé pour sa non-comparution. Ce but est déjà envisagé par d'autres articles du *Code criminel*, plus précisément l'art. 133 (maintenant l'art. 145). Cela étant, les assertions relatives à l'existence d'autres régimes ou mesures de punition sont dans une large mesure dénuées de pertinence en ce qui concerne l'objectif du maintien du respect du public pour notre système de justice criminelle et de sa confiance dans ce système. L'article en cause vise les individus qui ont abusé du système en ne comparaisant pas, sans excuse légitime, à leur procès. Bref, l'accusé a déjà abusé une fois de son droit à un procès avec jury. La question qui se pose est donc de savoir si le Parlement, en lui refusant ce droit la seconde fois, respecte le principe de la proportionnalité avec l'objectif. Je conclus que oui. La bonne volonté, la confiance et le respect qu'a le public à l'égard de notre système de justice criminelle ont une limite. Il y a donc une limite correspondante à la quantité de bonne volonté publique que l'ensemble des participants dans le système, y compris les accusés, peuvent dépenser avant que ne se produise une diminution importante de la confiance et du respect pour le système. À mon avis, l'accusé en l'espèce et d'autres comme lui ont épuisé leur part de la bonne volonté publique pour ce qui est du devoir civique de servir comme juré. Seuls sont privés d'une seconde chance d'être jugés par un jury les accusés qui ne comparaisent pas et qui, en plus, ne peuvent fournir d'excuse légitime. Dans ces circonstances, j'estime que l'article en cause est proportionné à l'objectif du maintien du respect pour le système. Il ne supprime pas le droit à un procès ni ne retire à l'accusé le droit d'assister à son procès. Je conclus en conséquence que les effets négatifs de la restriction ne sont pas plus grands que l'importance de l'objet législatif.

Pour ces motifs, je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. L'alinéa 526.1(1)a) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à un procès par jury que garantit l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Yes.

2. If so, then is s. 526.1(1)(a) of the *Criminal Code* justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^a

Yes.

I would, accordingly, dismiss the appeal.

The reasons of Wilson and Sopinka JJ. were delivered by ^b

WILSON J. (dissenting)—The appellant claims in this appeal that s. 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 598) violates his right to a jury trial under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1.

Section 526.1 reads as follows:

526.1 (1) Notwithstanding anything in this Act, where a person to whom subsection 526(1) applies has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury and, at the time he failed to appear or to remain in attendance for his trial, he had not re-elected to be tried by a court composed of a judge without a jury or magistrate without a jury, he shall not be tried by a court composed of a judge and jury unless ^f

(a) he establishes to the satisfaction of a judge of the court in which he is indicted that there was a legitimate excuse for his failure to appear or remain in attendance for his trial; or ^g

(b) the Attorney General requires pursuant to section 498 that the accused be tried by a court composed of a judge and jury.

(2) An accused who, pursuant to subsection (1), may not be tried by a court composed of a judge and jury is deemed to have elected under section 464 to be tried by a judge of the court in which he is indicted without a jury and section 491 does not apply in respect of the accused. ^h

Section 11(f) and s. 1 of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial ^j

Oui.

2. Dans l'affirmative, l'al. 526.1(1)a) du *Code criminel* est-il justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, est-il compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^a

Oui.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Wilson et Sopinka rendus par ^b

LE JUGE WILSON (dissidente)—L'appelant prétend en l'espèce que l'art. 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, tel que modifié (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 598) porte atteinte à son droit à un procès avec jury, garanti par l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l'article premier. ^c ^d

L'article 526.1 dispose:

526.1 (1) Nonobstant la présente loi, la personne visée au paragraphe 526(1) qui a ou est réputée avoir choisi d'être jugée par une cour composée d'un juge et d'un jury et qui n'a pas choisi à nouveau, avant le moment de son défaut de comparaître ou de son absence au procès, d'être jugée par une cour composée d'un juge ou d'un juge de la cour provinciale sans jury ne sera jugée selon son premier choix que ^e ^f

a) si elle prouve à la satisfaction d'un juge de la cour devant laquelle elle est mise en accusation l'existence d'excuses légitimes; ou ^g

b) si le procureur général le requiert, conformément à l'article 498.

(2) Le prévenu qui ne peut pas être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, conformément au paragraphe (1), est réputé avoir choisi en vertu de l'article 464, d'être jugé sans jury par un juge de la cour où il est accusé et l'article 491 ne s'applique pas au prévenu. ^h ⁱ

L'alinéa 11f) et l'article premier de la *Charte* disposent:

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury ^j

by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

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.

1. The Facts

On June 15, 1983 the appellant was charged with unlawfully trafficking in narcotics contrary to s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Under s. 4(3) of the Act the maximum punishment for that offence is life imprisonment.

On October 31, 1984 in the Provincial Court of British Columbia the appellant elected to be tried by a judge and jury. The appellant was directed to appear in the County Court of Westminster on November 15, 1984 to set a date for trial. The appellant did not appear at that time and a bench warrant was issued for his arrest but held in abeyance. On November 22, 1984 the appellant appeared, the warrant was vacated, and jury selection was set to begin on March 4, 1985 with the trial to commence on March 20, 1985.

On February 26, 1985, Mr. Norris, the appellant's then lawyer, withdrew as counsel from the case explaining that he had had no contact with the appellant for some time, that he did not have the appellant's current address or telephone number, and that he would advise the appellant of his withdrawal.

On March 4, 1985 the appellant failed to appear for the selection of a jury. A bench warrant was issued for his arrest. He also failed to appear on March 20, 1985, the date set for the commencement of the trial. No one appeared on his behalf at either time. The appellant was arrested and appeared without counsel in the County Court of Westminster on June 28, 1985. The case was adjourned until later that afternoon, at which time the appellant appeared with his new counsel, Mr.

lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

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.

b 1. Les faits

Le 15 juin 1983, l'appelant a été accusé d'avoir fait le trafic de stupéfiants, en contravention du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Le paragraphe 4(3) de cette loi prévoit une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité pour cette infraction.

Le 31 octobre 1984, l'appelant a choisi en Cour provinciale de la Colombie-Britannique de subir son procès devant un juge et un jury. On lui a ordonné de comparaître en Cour de comté de Westminster le 15 novembre 1984 pour la fixation de la date du procès. L'appelant n'a pas comparu à cette date et un mandat d'amener a été décerné contre lui mais avec sursis. Le 22 novembre 1984, l'appelant a comparu et le mandat a été annulé. La sélection du jury devait commencer le 4 mars 1985, le début du procès étant prévu pour le 20 mars 1985.

Le 26 février 1985, M^e Norris, alors l'avocat de l'appelant, s'est retiré du dossier en expliquant qu'il n'avait pas été en contact avec l'appelant depuis quelque temps et qu'il ne connaissait ni son adresse ni son numéro de téléphone. Il a en outre indiqué son intention d'informer l'appelant de sa décision.

Le 4 mars 1985, l'appelant ne s'est pas présenté pour la sélection du jury et un mandat d'amener a été décerné contre lui. Il ne s'est pas présenté non plus le 20 mars 1985, date à laquelle le procès devait commencer. Dans les deux cas personne n'a comparu pour lui. L'appelant a été arrêté et a comparu sans avocat en Cour de comté de Westminster le 28 juin 1985. L'affaire a été renvoyée à plus tard dans l'après-midi. L'appelant a comparu

Warren, and was released on his own recognizance.

Legal argument was heard on August 8, 1985 as to whether or not the appellant was still entitled to a jury trial. He was represented at the hearing by Mr. Warren who submitted on his behalf (1) that he had a legitimate excuse for his failure to appear for jury selection on March 4, 1985 and (2) that s. 526.1 of the *Criminal Code* violated s. 11(f) of the *Charter* and was, accordingly, of no force and effect. The appellant's excuse was that he had called Mr. Norris's office prior to March 4, 1985 and had been advised by a secretary that he need not appear and that his lawyer, Mr. Norris, would appear on his behalf for the jury selection. The appellant also told the court that he had received no notification from Mr. Norris that he had withdrawn from the case. Hogarth Co. Ct. J. refused to accept this as a legitimate excuse in the absence of corroboration by Mr. Norris. The judge also ruled that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. He applied s. 526.1 and ruled that the appellant was no longer entitled to a jury trial and that he would be tried by a judge alone on February 7, 1986.

The appellant was convicted of trafficking in narcotics on February 7, 1986. Fisher J. of the Supreme Court of British Columbia accepted the evidence of the Crown and rejected the evidence of the appellant as "totally unbelievable". The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issue of the constitutionality of s. 526.1 and his case was heard along with *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266 (B.C.C.A.), which raised the same constitutional issue. Evidence regarding the financial cost of accused persons failing to appear for jury selection was introduced in *Re McNabb and The Queen* for the purpose of establishing s. 526.1 as a reasonable limit on s. 11(f) under s. 1 of the *Charter*. The appellant concedes that this evidence can be considered on this appeal.

On December 18, 1986 the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for the

alors avec son nouvel avocat, M^e Warren, et a été mis en liberté sur son propre engagement.

La question de savoir si l'appelant avait encore droit à un procès avec jury a été débattue le 8 août 1985. À cette audience, l'appelant était représenté par M^e Warren qui a fait valoir 1) que l'appelant avait une excuse légitime pour sa non-comparution à la sélection du jury le 4 mars 1985 et 2) que l'art. 526.1 du *Code criminel* violait l'al. 11f) de la *Charte* et était donc inopérant. L'excuse alléguée par l'appelant était qu'il avait téléphoné au bureau de M^e Norris avant le 4 mars 1985 et avait été informé par une secrétaire que sa comparution personnelle n'était pas requise et que son avocat, M^e Norris, comparaitrait pour lui aux fins de la sélection du jury. De plus, l'appelant a dit à la cour n'avoir pas été avisé par M^e Norris de son retrait du dossier. Le juge Hogarth de la Cour de comté a refusé d'accepter cela comme une excuse légitime en l'absence de confirmation de la part de M^e Norris. Le juge a statué en outre que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. Appliquant donc l'art. 526.1, il a décidé que l'appelant n'avait plus droit à un procès avec jury et qu'il serait jugé par un juge seul le 7 février 1986.

Le 7 février 1986, l'appelant a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants. Le juge Fisher de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a retenu la preuve du ministère public et a écarté celle de l'appelant pour le motif qu'elle était [TRANSDUCTION] «totaleme[n]t incroyable». L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de la constitutionnalité de l'art. 526.1 et sa cause a été entendue avec l'affaire *Re McNabb and The Queen* (1986), 33 C.C.C. (3d) 266 (C.A.C.-B.), qui soulevait la même question constitutionnelle. Dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*, une preuve relative aux coûts entraînés par la non-comparution d'accusés pour la sélection du jury a été produite dans le but d'établir que l'art. 526.1 est, aux fins de l'article premier de la *Charte*, une restriction raisonnable apportée à l'al. 11f). L'appelant convient que cette preuve peut être prise en considération dans le cadre du présent pourvoi.

Le 18 décembre 1986, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel pour les

reasons it gave in *Re McNabb and The Queen* in which it held that s. 526.1 did not violate s. 11(f) of the *Charter*. The appellant and McNabb concurrently sought leave to appeal to this Court and leave was granted in both cases on June 25, 1987 ([1987] 1 S.C.R. x). Subsequently the Attorney General of British Columbia directed a stay of proceedings in *Re McNabb and The Queen* and McNabb discontinued his appeal to this Court.

2. The Courts Below

British Columbia County Court (Hogarth Co. Ct. J., unreported, October 8, 1985)

Hogarth Co. Ct. J. found that the appellant did not have a legitimate excuse under s. 526.1 of the *Criminal Code* for failing to attend for his trial. With regard to the constitutionality of the section he stated that he was bound by the decision of McKenzie J. of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175. In *R. v. Gladue* McKenzie J. adopted the reasons of Prowse J. in *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (Alta. Q.B.), to the effect that, if an accused cannot establish a legitimate excuse for failing to appear for his trial, then he is not deprived of his right to a jury trial by the section but has himself waived his right under the section. Prowse J. stated in *R. v. Allan*, at p. 49, that for s. 526.1 to come into operation "it is not the conduct of the Crown but rather the accused which deprives him of his jury trial right." Prowse J. also concluded that if the operation of s. 526.1 did violate the accused's rights under s. 11(f) of the *Charter*, the violation could be justified under s. 1.

Although Hogarth Co. Ct. J. applied the decisions in *R. v. Gladue* and *R. v. Allan*, he did have some reservations about their application to the facts of this case. He stated:

All these jurors came and they were discharged because he didn't show up, but there is not an ounce of evidence before me that when the case was called there wasn't a back-up case ready to go or ten back-up cases ready to [go] for which jurors were going to be selected and the jurors had to be there. Under our system where we

motifs exposés dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen*, où elle avait conclu que l'art. 526.1 ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'appelant et McNabb ont demandé simultanément l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour et l'autorisation a été accordée dans les deux cas le 25 juin 1987 ([1987] 1 R.C.S. x). Par la suite, le procureur général de la Colombie-Britannique a ordonné l'arrêt des procédures dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*, et McNabb s'est désisté de son pourvoi devant notre Cour.

2. Les juridictions inférieures

La Cour de comté de la Colombie-Britannique (Décision inédite du juge Hogarth en date du 8 octobre 1985)

Le juge Hogarth a décidé que l'appelant n'avait pas d'excuse légitime, au sens de l'art. 526.1 du *Code criminel*, pour n'avoir pas comparu à son procès. Sur la constitutionnalité de cet article, il s'est dit lié par l'arrêt *R. v. Gladue* (1982), 2 C.C.C. (3d) 175, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où le juge McKenzie avait fait siens les motifs du juge Prowse dans *R. v. Allan* (1982), 2 C.R.R. 46 (B.R. Alb.), selon lesquels un accusé qui ne peut justifier d'une excuse légitime pour ne pas avoir comparu à son procès n'est pas privé du droit à un procès avec jury par l'art. 526.1 mais y a lui-même renoncé suivant cet article. Dans *R. v. Allan*, à la p. 49, le juge Prowse dit qu'aux fins de l'application de l'art. 526.1, [TRADUCTION] «ce n'est pas la conduite du ministère public mais celle de l'accusé qui lui fait perdre son droit à un procès avec jury». Le juge Prowse a conclu en outre que, si l'art. 526.1 portait atteinte aux droits conférés à l'accusé par l'al. 11f) de la *Charte*, cette atteinte pouvait se justifier en vertu de l'article premier.

Bien qu'il ait appliqué les décisions *R. v. Gladue* et *R. v. Allan*, le juge Hogarth a exprimé certaines réserves quant à leur applicabilité aux faits de la présente instance. Il a dit à ce propos:

[TRADUCTION] Tous ces jurés sont venus et ont été libérés parce qu'il n'a pas comparu, mais on ne m'a soumis aucun élément de preuve indiquant que, quand le tour de cette affaire est venu, il n'y en avait pas une autre ou même dix autres qui étaient prêtes et pour lesquelles on allait sélectionner des jurés, de sorte que les

select ten or fifteen juries on one day the fact [that] one Accused doesn't appear doesn't inconvenience anyone, it simply means one panel has escaped. Unless it is shown that he has done something to warrant it, why should he be deprived on [sic] the jury trial? Unless the jurors are indisposed or the Crown has lost some witnesses, and presumably the Crown has lost some witnesses, but they can be summonsed again, but I think that's what the Court of Appeal said, they have to show they have been prejudiced by this and just to deprive him of his right to a jury trial because he slept in or he misunderstood, which I have grave doubts about, but to deprive him of his jury trial which is his fundamental right under the Constitution — but I am bound by my brother McKenzie

British Columbia Court of Appeal (Re McNabb and The Queen (1986), 33 C.C.C. (3d) 266)

The Court of Appeal (Seaton, Hinkson and Aikens J.J.A.) decided this case on the basis of its reasons in *Re McNabb and The Queen*. It found that s. 526.1 of the *Criminal Code* did not violate s. 11(f) of the *Charter* but simply provided for the mode of trial in the event an accused chose not to exercise or failed to exercise his or her right to a jury trial. Hinkson J.A. stated at p. 271:

In my opinion, the accused must not only exercise his right to trial by jury when he elects the mode of his trial but he must continue to exercise that right in order to enjoy the benefit of trial by jury. Thus, if the accused does not elect trial by jury it is not open to him to complain thereafter that he has been denied his Charter right. It is not enough, however, for the accused to elect trial by judge and jury in order to exercise his Charter right. He must continue to exercise it by attending for his trial before a judge and jury when required to do so. And once the trial commences before a judge and jury, he must remain in attendance during the course of the trial until a verdict is rendered. If by his own conduct he chooses not to attend at his trial, he is not exercising his right to a trial by judge and jury. [Emphasis added.]

In coming to this conclusion the Court applied the reasoning in a line of cases dealing with whether or not the provisions of s. 738(3)(a) and s. 431.1 of the *Criminal Code* [now ss. 803(2)(a) and

jurés devaient tout de même être présents. Dans un système comme le nôtre où une dizaine ou une quinzaine de jurys sont sélectionnés en une seule journée, la non-comparution d'un seul accusé ne dérange personne; cela veut simplement dire qu'un tableau de jurés n'aura pas été établi. En l'absence d'une preuve que ses actes le justifient, pourquoi l'accusé devrait-il être privé d'un procès avec jury? À moins qu'il n'y ait des inconvénients pour les jurés ou que le ministère public n'ait perdu des témoins — ce qui est vraisemblablement le cas, mais ceux-ci peuvent être cités de nouveau — et je crois que c'est ce qu'a dit la Cour d'appel, qu'il faut démontrer qu'ils ont subi un préjudice. Priver l'accusé de son droit à un procès avec jury simplement parce qu'il s'est levé trop tard ou parce qu'il a mal compris, ce dont je doute fort, mais le priver de son droit constitutionnel fondamental à un procès avec jury — mais je suis lié par la décision de mon collègue le juge McKenzie

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Re McNabb and the Queen (1986), 33 C.C.C. (3d) 266)

La Cour d'appel (les juges Seaton, Hinkson et Aikens) a tranché le présent litige en fonction de ses motifs dans l'affaire *Re McNabb and The Queen*. Elle a conclu que l'art. 526.1 du *Code criminel* ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte*, mais prévoyait simplement la forme que prendrait le procès dans le cas où l'accusé décidait de ne pas exercer ou omettait d'exercer son droit à un procès avec jury. Voici ce que dit le juge Hinkson, à la p. 271:

[TRADUCTION] À mon avis, non seulement l'accusé doit-il exercer son droit à un procès avec jury au moment où il choisit le mode de son procès, mais il doit aussi continuer à exercer ce droit afin de pouvoir bénéficier d'un procès avec jury. Donc, si l'accusé ne choisit pas de se faire juger par un jury, il ne peut alléguer par la suite la violation du droit que lui reconnaît la Charte. Il ne suffit toutefois pas pour exercer le droit garanti par la Charte que l'accusé choisisse d'être jugé par juge et jury. Il doit continuer à l'exercer en comparissant, au moment fixé, à son procès devant juge et jury. Et quand ce procès commence, il doit être présent jusqu'à ce qu'un verdict soit rendu. Si par sa propre conduite il choisit de s'absenter de son procès, il n'exerce pas son droit à un procès devant juge et jury. [Je souligne.]

Pour arriver à cette conclusion, la Cour a appliqué le raisonnement se dégageant d'une série de décisions traitant de la question de savoir si les dispositions de l'al. 738(3)(a) et de l'art. 431.1 du