

**Tibor Korponay** *Appellant*;

and

**The Attorney General of Canada** *Respondent*.

File No.: 16054.

1981: October 14; 1982: January 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal Law — Trial — Election by accused for a trial by judge and jury — Re-election for trial by judge alone — Whether failure to comply with re-election procedure depriving court of jurisdiction — Whether an accused may waive compliance with the procedural requirements of s. 492 of the Criminal Code — Whether the accused did waive them — Waiver must be clear and unequivocal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 492.*

*Criminal law — Possession of heroin for the purpose of trafficking — Non-compliance of trial judge with s. 8 procedure of the Narcotic Control Act — Error of law — No waiver — Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code — New trial ordered — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).*

Accused unsuccessfully appealed his conviction of possessing heroin for the purpose of trafficking to the Quebec Court of Appeal. The appeal to this Court was on two grounds: (1) the lack of jurisdiction in the Court of the Sessions of the Peace to try the accused due to the fact that he had not validly re-elected for a trial by judge alone and (2) the trial judge's error in convicting the accused without offering him the opportunity to address the issue of "purpose" after having made a finding that he was in possession of the narcotic in light of the provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

*Held:* The appeal should be allowed.

A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit. The validity of any waiver, however, is dependent upon it being clear and unequivocal, *i.e.* that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. When considering

**Tibor Korponay** *Appelant*;

et

**Le procureur général du Canada** *Intimé*.

N° du greffe: 16054.

1981: 14 octobre; 1982: 26 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Procès — Choix par l'accusé d'être jugé par un juge et un jury — Nouveau choix pour un procès devant un juge sans jury — L'omission de se conformer à la procédure relative au nouveau choix prive-t-elle la cour de sa compétence? — L'accusé peut-il renoncer à ce que soient respectées les règles de procédure de l'art. 492 du Code criminel? — L'accusé y a-t-il renoncé? La renonciation doit être claire et non équivoque — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 492.*

*Droit criminel — Possession d'héroïne pour en faire le trafic — Le juge du procès n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants — Erreur de droit — Absence de renonciation — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel — Ordonnance portant nouveau procès — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 8 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).*

Ayant été déclaré coupable de possession d'héroïne pour en faire le trafic, l'accusé a fait appel, sans succès, à la Cour d'appel du Québec. Le pourvoi devant la Cour est fondé sur deux moyens, savoir: (1) la Cour des sessions de la paix n'avait pas compétence pour juger l'accusé parce qu'il n'avait pas fait un nouveau choix valide d'être jugé par un juge siégeant seul et (2) vu les dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a commis une erreur en déclarant l'accusé coupable sans lui offrir, après avoir conclu qu'il était en possession du stupéfiant, la possibilité de plaider sur la question de «l'objet» de la possession.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit. Toutefois pour qu'une renonciation soit valide, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure.

the circumstances surrounding the present case, the trial judge was justified to believe that there had been an informed waiver by the accused through his attorney of the procedural requirements of s. 492 of the *Criminal Code*.

The second ground of appeal succeeded as the judge did not comply with the procedure set out in s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Without valid waiver on the part of the accused, such non-compliance is fatal. The denial of an opportunity of presenting a defence will always leave the court uncertain as to what would finally be the evidence adduced had the opportunity denied been given the accused. Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* cannot apply where the provisions of s. 8 have not been complied with.

*Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64; *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181; *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62; *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissing the appellant's appeal from his conviction on a charge of possession of heroin for the purpose of trafficking. Appeal allowed.

*Paul Skolnick and Ivan Lerner*, for the appellant.

*Jacques Letellier*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant, one Tibor Korponay, was found guilty of possession of 5 kilos of heroin for the purpose of trafficking (s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1) by a judge of the Sessions of the Peace, sitting in the judicial district of Montreal as a judge under Part XVI of the *Criminal Code*.

Korponay's appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed and he now comes to this Court on two grounds: his first ground is that, having chosen originally a trial by jury, the Court that convicted him did not have jurisdiction to do so because he had not been properly put to a

Compte tenu des circonstances en l'espèce, c'est à bon droit que le juge du procès a conclu que l'accusé, par l'intermédiaire de son avocat, avait fait une renonciation éclairée aux règles de procédure prévues par l'art. 492 du *Code criminel*.

Le second moyen d'appel doit être retenu, car le juge n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. En l'absence d'une renonciation valide de la part de l'accusé, le non-respect des dispositions de l'art. 8 est fatal. Lorsque l'accusé est privé de la possibilité de présenter un moyen de défense, la cour sera toujours dans l'incertitude quant à la preuve qu'il aurait fini par apporter s'il en avait eu l'occasion. Le sous-alinéa 613(1)b)(iii) du *Code criminel* ne peut s'appliquer lorsqu'on ne s'est pas conformé aux dispositions de l'art. 8.

Jurisprudence: *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64; *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181; *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62; *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté l'appel de l'appellant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de possession d'héroïne pour en faire le trafic. Pourvoi accueilli.

*Paul Skolnick et Ivan Lerner*, pour l'appellant.

*Jacques Letellier*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Un juge des sessions de la paix, siégeant dans le district judiciaire de Montréal en tant que juge visé par la partie XVI du *Code criminel*, a déclaré l'appellant, un nommé Tibor Korponay, coupable d'avoir eu en sa possession 5 kilos d'héroïne pour en faire le trafic (par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1).

La Cour d'appel du Québec ayant rejeté son appel, Korponay invoque deux moyens en cette Cour. Premièrement, il allègue que vu son premier choix d'être jugé par un jury, la cour qui l'a reconnu coupable n'avait pas compétence pour le faire parce qu'on ne l'avait pas dûment appelé à

re-election to the latter court under s. 492 of the *Criminal Code*; his second ground is predicated on the provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act* which require that the court conducting a trial for an offence contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* proceed in determining the guilt or innocence of an accused in two phases. The appellant argues that the trial judge did not proceed in compliance with the special procedure set out in s. 8, in that he did not make a finding as to possession and then give the accused an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and that, as a result, a new trial should be ordered. Appellant's first ground should not in my opinion succeed. However, as I am of the view that his second should, the issue raised by the first ground must nevertheless be decided as it is determinant of which court will have jurisdiction to hear the new trial that should in my opinion be ordered.

#### First ground

Korponay had elected, under s. 484(2) of the *Code*, to be tried by a court composed of a judge and jury. Following a preliminary inquiry he was, on September 22, 1972, committed for trial before the Superior Court of Criminal Jurisdiction.

Korponay, who was on bail, appeared before that Court on November 6, 1972, and his case was remanded from one assize to the other the last of such remands being to November 22, 1974.

However, on November 6, 1974, we find Korponay, assisted by two attorneys, appearing before the Chief Judge of another court, the Court of the Sessions of the Peace, in Montreal. The relevance of this occurrence will become apparent later. The Clerk of that Court had the Superior Court's record and, in the presence of all, including the Crown Attorney, read the charge to Korponay. What then happened is best described by reproducing here the transcript of the proceedings:

faire un nouveau choix conformément à l'art. 492 du *Code criminel*. Son second moyen est fondé sur l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* aux termes duquel la cour qui instruit un procès pour une infraction au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé en deux étapes. L'appelant fait valoir que le juge du procès n'a pas suivi la procédure spéciale établie par l'art. 8 en ce sens qu'il n'a pas d'abord statué sur la question de la possession pour ensuite accorder à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et que, par conséquent, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. A mon avis l'appelant ne doit pas avoir gain de cause sur son premier moyen. Toutefois, comme j'estime que le second doit être retenu, il faut trancher la question soulevée par le premier moyen, car c'est ce qui déterminera quelle cour aura compétence pour entendre le nouveau procès qui, selon moi, doit être ordonné.

#### Le premier moyen

Conformément au par. 484(2) du *Code*, Korponay a choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Le 22 septembre 1972, après une enquête préliminaire, il a été renvoyé pour subir son procès devant la Cour supérieure de juridiction criminelle.

Korponay, qui était en liberté sous caution, a comparu devant cette cour le 6 novembre 1972. Son procès a été remis à plusieurs reprises, la dernière fois au 22 novembre 1974.

Mais, le 6 novembre 1974, Korponay, assisté de deux avocats, a comparu devant le juge en chef d'une autre cour, soit la Cour des sessions de la paix, à Montréal. La pertinence de cet incident deviendra évidente plus loin. La secrétaire judiciaire de cette cour avait le dossier de la Cour supérieure et, en la présence de tous les intéressés, y compris le substitut du procureur général, elle a fait lecture de l'inculpation à Korponay. La meilleure description de ce qui s'est alors passé se trouve dans la transcription des procédures que je reproduis ci-après:

[TRANSLATION]

CASE 01-004919-72TIBOR KORPONEY

v.

THE QUEEN

BY THE CLERK:

(The charge is read)

Do you plead guilty or not guilty?

BY MR. JOEL GUBERMAN

ATTORNEY FOR THE DEFENCE:

Judge alone.

BY MR. REJEAN PAUL

ATTORNEY FOR THE CROWN:

No, what I mean is that it has already been done.

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

It has already been done?

BY THE CROWN:

Yes, yes.

BY MR. DAVID LINETSKY

ATTORNEY FOR THE DEFENCE:

I see.

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

I see, all right.

BY THE CROWN:

What then?

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

Not guilty.

BY THE CROWN:

Not guilty?

BY AN UNIDENTIFIED PERSON:

No.

BY THE CROWN:

Well then, I would suggest as a date, well let's see, let us start by reading into the record the evidence made by consent. Evidence adduced on file 4921-72, that is in the cases of Fecarotta, Balsamo and Mandolia . . .

BY THE COURT (JUDGE YVES MAYRAND, J.C.S.P.):

With the exhibits also?

BY THE CROWN:

With all the exhibits in support and with their marks in 4921 . . .

BY THE COURT:

Not so fast.

BY THE CROWN:

. . . are completely read into the record of 4919 in '72 which is the present case and we wish to inform the Court that in the meantime we will be reading anew this abundant . . .

CAUSE 01-004919-72TIBOR KORPONEY

v.

LA REINE

PAR LA SECRÉTAIRE JUDICIAIRE:

(Lecture de l'acte d'accusation)

Plaidez-vous coupable ou non coupable?

PAR ME JOEL GUBERMAN

PROCUREUR DE LA DÉFENSE:

Juge seul.

PAR ME REJEAN PAUL

PROCUREUR DE LA COURONNE:

Non, c'est-à-dire c'est déjà fait ça.

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

C'est déjà fait?

PAR LA COURONNE:

Oui, oui.

PAR ME DAVID LINETSKY

PROCUREUR DE LA DÉFENSE:

Bon.

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

Bon, correct.

PAR LA COURONNE:

Alors?

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

Non coupable.

PAR LA COURONNE:

Non coupable?

PAR UNE PERSONNE NON IDENTIFIÉE:

Non.

PAR LA COURONNE:

Bon. Alors je suggérerais la date, bien voici, nous allons d'abord verser toute la preuve de consentement. La preuve recueillie dans le dossier 4921-72, soit les dossiers de Fecarotta, Balsamo et Mandolia . . .

PAR LA COUR (M. LE JUGE YVES MAYRAND, J.C.S.P.):

Avec les exhibits aussi?

PAR LA COURONNE:

Avec tous les exhibits au soutien et sous leurs cotes respectives dans 4921 . . .

PAR LA COUR:

Pas trop vite.

PAR LA COURONNE:

. . . sont versés intégralement dans 4919 en '72, qui est le présent dossier et nous déclarons à la Cour qu'entre-temps nous allons relire cette abondante . . .

BY THE COURT:

Subject to your completing.

BY THE CROWN:

... subject to our right to complete and to then close our case on January 8, 1975.

BY THE COURT:

I am asking you just one thing, is this Crown's proof?

BY THE CROWN:

Yes, yes, yes.

BY THE COURT:

Then Miss it should be specified. All of the evidence adduced by the Crown in case 4921 along with the exhibits in support thereof will serve as evidence for the Crown in this case, subject to that evidence being completed if need be ...

BY THE CROWN:

That's correct.

BY THE COURT:

... January 8, 1975.

BY THE CROWN:

Or at some other date, but in any event ...

BY THE COURT:

Is this by consent?

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

Yes, your lordship.

BY THE COURT:

You also "*maître*"? Are you attorney of record?

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Yes, my lord.

BY THE COURT:

Therefore inscribe the lawyer's name.

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Me Linetsky. L-I-N-E-T-S-K-Y.

BY THE COURT:

You are from the same firm, I think, huh?

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Yes, that's correct.

BY THE COURT:

I see.

BY THE CROWN:

Fine.

BY THE COURT:

Fine, fine.

So you'll be back January the 8th at half past nine (09h30), room five 0 seven.\*

PAR LA COUR:

Avec réserve de parfaire.

PAR LA COURONNE:

... sauf à parfaire et à clore notre preuve le huit janvier 1975.

PAR LA COUR:

Je vous demande juste une chose, c'est votre preuve de la Couronne.

PAR LA COURONNE:

Oui, oui, oui.

PAR LA COUR:

Alors il faudrait spécifier, mademoiselle. Toute la preuve de la Couronne dans le dossier 4921 avec exhibits à l'appui servira de preuve de la Couronne dans le dossier avec réserve de parfaire s'il y a lieu ...

PAR LA COURONNE:

C'est ça.

PAR LA COUR:

... le huit janvier 1975.

PAR LA COURONNE:

Ou à une autre date, mais en tout cas ...

PAR LA COUR:

Est-ce que c'est une, de consentement?

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

D'accord, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Vous aussi, maître? Vous êtes au dossier?

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

Oui, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Alors mettez donc le nom de l'avocat.

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

M<sup>e</sup> Linetsky. L-I-N-E-T-S-K-Y.

PAR LA COUR:

Vous êtes du même bureau, je pense, hein?

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

Oui, exactement.

PAR LA COUR:

Ah bon.

PAR LA COURONNE:

Parfait.

PAR LA COUR:

Alors ça va.

[TRADUCTION] Alors vous revenez le 8 janvier à neuf heures et demie (09h30), pièce 507.

\* The judge was then speaking in English to the accused Korponay.

BY THE ACCUSED (Mr. T. Korponey)

Thank you, Your Honour.

BY THE CROWN:

Fine. Thank you.

BY MR. GUBERMAN:

Thank you, my lord.

BY THE COURT:

Very well.

(s) GRACE LIBERATORE

(s) THÉRÈSE PELLETIER

PAR L'ACCUSÉ (monsieur T. Korponey):

[TRADUCTION] Merci, votre seigneurie.

PAR LA COURONNE:

Parfait. Merci.

PAR ME GUBERMAN:

Merci, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Très bien.

(s) GRACE LIBERATORE

(s) THÉRÈSE PELLETIER

The trial commenced on the date of that appearance before the Chief Judge by the reading into the record by consent of evidence adduced in other proceedings, against other persons involved in the events that gave rise to the charge against Korponay. The trial appears to have continued piecemeal on many occasions over the next three years. After the Crown finally closed its case, Korponay offered a defence and testified on his own behalf on May 5, 1977. On August 3 of the same year, Chief Judge Mayrand found him guilty and, on September 23, 1977 sentenced him to 14 years in the penitentiary.

It was not until October 19, 1979, some two years later, that the appellant, in a petition for a writ of *habeas corpus*, questioned for the first time since the beginning of his trial in the Court of the Sessions of the Peace that Court's jurisdiction to try him.

This appeal is not concerned with those proceedings but with the appeal from his conviction. His first ground alleges a lack of jurisdiction in the Court of the Sessions of the Peace to try him due to the fact that he had not validly re-elected for a trial by judge alone, and that the only court having jurisdiction for doing so was the court he had initially chosen, the Superior Court. Korponay says that the provisions set out in s. 492 for re-electing are mandatory, must be complied with strictly, and that substantial compliance with the provisions of that section is not sufficient to confer upon the court jurisdiction to try him.

On a commencé le procès à la date de cette comparution devant le juge en chef en versant au dossier, de consentement, la preuve présentée dans le cadre d'autres procédures contre d'autres personnes impliquées dans les événements à l'origine de l'accusation pesant contre Korponay. Le procès paraît s'être déroulé en plusieurs étapes au cours des trois années qui ont suivi. Le ministère public ayant finalement présenté sa preuve, Korponay a présenté sa défense et a témoigné pour son propre compte le 5 mai 1977. Le 3 août de la même année, le juge en chef Mayrand l'a déclaré coupable et, le 23 septembre 1977, l'a condamné à 14 ans de pénitencier.

Ce n'est que le 19 octobre 1979, soit quelque deux ans plus tard, que dans une demande de bref d'*habeas corpus*, l'appelant a, pour la première fois depuis le commencement de son procès en Cour des sessions de la paix, contesté la compétence de cette cour-là pour le juger.

Ce pourvoi ne porte pas sur ces procédures, mais sur l'appel que Korponay a formé contre sa déclaration de culpabilité. Son premier moyen allègue que la Cour des sessions de la paix n'avait pas compétence pour le juger parce qu'il n'avait pas valablement fait son nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant seul, et que seule la cour qu'il avait choisie en premier lieu, soit la Cour supérieure, avait cette compétence. Korponay prétend que les dispositions de l'art. 492 relatives au nouveau choix sont impératives, qu'il faut s'y conformer strictement et qu'il ne suffit pas de s'y conformer en substance pour que la cour ait compétence pour le juger.

Section 492 reads as follows:

**492.** (1) Where an accused has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the accused may notify the sheriff in the territorial division in which he is to be tried that he desires to re-elect under this section,

- (a) to be tried by a judge without a jury; or
- (b) if he has the consent in writing of the Attorney General or counsel acting on his behalf, to be tried by a magistrate without a jury.

(2) A sheriff who receives a notice and a consent, if required, pursuant to subsection (1) shall forthwith inform a judge or magistrate having jurisdiction and the judge or magistrate, as the case may be, shall fix a time and place for the accused to re-elect and shall cause notice thereof to be given to the accused.

(3) The accused shall attend or, if he is in custody, shall be produced at the time and place fixed under subsection (2) and shall, after the charge upon which he has been committed for trial or ordered to stand trial has been read to him,

- (a) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a judge without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a judge without a jury?;

or

- (b) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a magistrate without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a magistrate without a jury?

(4) Where an accused elects under this section to be tried by a judge without a jury or a magistrate without a jury, the judge or magistrate, as the case may be, shall proceed with the trial or fix a time and place for the trial.

(5) Where an accused who desires to re-elect to be tried by a judge without a jury does not notify the sheriff in accordance with subsection (1) more than fourteen days before the day fixed for the opening of the sittings or session of the court sitting with a jury by which he is to be tried, no election may be made under

L'article 492 dispose:

**492.** (1) Lorsqu'un prévenu a choisi ou est censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, il peut notifier au shérif de la circonscription territoriale où il doit subir son procès qu'il désire faire un nouveau choix, aux termes du présent article,

- a) pour être jugé par un juge sans jury; ou,
- b) s'il a le consentement écrit du procureur général ou du procureur agissant au nom de ce dernier, pour être jugé par un magistrat sans jury.

(2) Un shérif qui reçoit une notification et un consentement, si le consentement est requis, en conformité du paragraphe (1), doit aussitôt informer un juge ou un magistrat ayant juridiction et le juge ou le magistrat, selon le cas, doit fixer le temps et le lieu où le prévenu pourra effectuer un nouveau choix et il doit en faire donner avis au prévenu.

(3) Le prévenu doit se présenter ou s'il est sous garde être amené aux temps et lieu fixés en vertu du paragraphe (2) et, après que lecture lui a été faite de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou astreint à passer en jugement, il doit,

- a) si la notification indique que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un juge sans jury?;

ou,

- b) si la notification énonce que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un magistrat sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un magistrat sans jury?

(4) Lorsqu'un prévenu choisit, selon le présent article, d'être jugé par un juge sans jury ou par un magistrat sans jury, le juge ou le magistrat, selon le cas, doit procéder au procès ou fixer le temps et le lieu du procès.

(5) Lorsqu'un prévenu qui désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury n'avise pas le shérif conformément au paragraphe (1) plus de quatorze jours avant la date fixée pour l'ouverture de la session de la cour siégeant avec un jury par qui il doit être jugé, aucun choix ne peut être fait aux termes du

this section unless the Attorney General or counsel acting on his behalf consents in writing.

The appellant says that no notice was given by him to the sheriff, that no notice was given him by the judge, and that he was not read the words set out in s. 492(3)(a). He concludes that, this not having been done, the judge did not have the jurisdiction to proceed to trial as he did.

All of appellant's arguments in his factum and before this Court related to whether there was or was not strict compliance with the section and were then in support of a requirement for strict compliance.

In my view there was no compliance with the section at all, not even substantial compliance, and the issue whether there must be strict or need only be substantial compliance is of no relevance to the determination of this case. What the procedures followed in this case raise as an issue is whether an accused may waive compliance with the procedural requirements set out in the section, if so, in what manner, and whether the accused in this case did waive them.

Some procedural requirements are enacted for the protection of the rights of one of the parties, Crown and accused, and others for both. A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit, the concurrence of both being required when enacted for both. Generally speaking, the right to waive that type of procedural requirement has been recognized by all the courts, including this Court, and has been recently reaffirmed by this Court's decision as regards the waiver of a *voir dire* into the circumstances surrounding the giving of a statement by an accused to a person in authority (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64). Paramount to such a right is that of the trial judge to require compliance notwithstanding a desire to waive, he being the ultimate judge of what procedural safeguards need nevertheless be respected in order to protect the certainty and the integrity of the judicial process.

présent article à moins que le procureur général ou l'avocat agissant au nom de ce dernier n'y consente par écrit.

L'appellant dit qu'il n'a pas donné de notification au shérif, qu'il n'a pas reçu d'avis du juge et qu'on ne lui a pas lu la question formulée à l'al. 492(3)a). Il conclut que dans ces circonstances, le juge n'avait pas compétence pour procéder à l'instruction.

Tous les arguments que l'appellant invoque dans son mémoire et en cette Cour se rapportent à la question de savoir si l'on s'est conformé strictement à l'article, et ils tendent donc à démontrer qu'il existe une obligation de s'y conformer strictement.

A mon avis, on ne s'est aucunement conformé à l'article, même pas en substance, et la question de savoir s'il faut s'y conformer strictement ou s'il suffit de le faire en substance n'a aucune portée sur l'issue de ce pourvoi. La question soulevée par les procédures suivies en l'espèce est plutôt de savoir, d'une part, si un accusé peut renoncer à ce qu'on se conforme aux règles de procédure établies par l'article, et, dans l'affirmative, de quelle manière, et, d'autre part, si l'accusé dans cette affaire y a effectivement renoncé.

Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble. De façon générale, toutes les cours, y compris cette Cour, ont reconnu le droit de renoncer à ce type de règle de procédure, et un arrêt récent de cette Cour a de nouveau confirmé ce droit relativement à un *voir dire* sur les circonstances entourant une déclaration faite par un accusé à une personne ayant autorité (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64). Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a supprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire.



When one looks at the various cases dealing with waiver, the problem which presents itself relates to what formalities should surround a waiver before the court should accept it and give it effect, in order that it will be a bar to the party seeking to assert a non-compliance with the procedural requirement.

As a general proposition, I should like to restate here what was said by our brother Dickson J., speaking for the Court, in *Park, supra*. He was of course speaking of the waiver by counsel of a *voir dire* [at pp. 73-74]:

No particular words or formula need be uttered by defence counsel to express the waiver and admission. All that is necessary is that the trial judge be satisfied that counsel understand the matter and has made an informed decision to waive the *voir dire*. [ . . . ] Although no particular form of words is necessary the waiver must be express. Silence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver. The question is—does the accused indeed waive the requirement of a *voir dire* and admit that the statement is voluntary and admissible in evidence? If that question can be answered in the affirmative I cannot think that any further procedural safeguards are necessary to protect the rights of an accused person.

Indeed the Court is saying in *Park* that the validity of such a waiver, and I should add that that is so of any waiver, is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. This has long been recognized, as is illustrated by many cases, and particularly so by those dealing with a judge's duties as regards a plea of guilty, which is the waiver by an accused of his right to put the Crown's case to the test of a trial. (See amongst others, *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181). The judge's duties concerning any waiver are no different than those on a plea of guilty. The factors he will take into account in determining whether the accused has clearly and unequivocally made an informed decision to waive his rights will vary

Lorsqu'on examine les différentes décisions en matière de renonciation, le problème qui se présente est de savoir de quelles formalités une renonciation doit être assortie pour que la cour l'accepte et y donne suite, de sorte qu'elle constitue une fin de non-recevoir pour la partie qui essaie d'invoquer le non-respect de la règle de procédure.

Comme principe général, je reprends ici les propos de notre collègue, le juge Dickson, qui se prononçait au nom de la Cour, dans l'arrêt *Park*, précité. Il parlait évidemment de la renonciation au voir dire par l'avocat [aux pp. 73 et 74]:

L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire. [ . . . ] Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide. La question est de savoir si l'accusé renonce effectivement à l'exigence d'un voir dire et s'il reconnaît que la déclaration est volontaire et recevable comme preuve. Si l'on peut répondre à cette question par l'affirmative, je ne puis croire à la nécessité d'autres moyens de procédure pour protéger les droits d'un accusé.

En fait, la Cour dit dans l'arrêt *Park* que si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. C'est un principe établi depuis longtemps, comme cela ressort d'un bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs du juge à l'égard d'un aveu de culpabilité car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la poursuite à l'épreuve du procès. (Voir, entre autres, *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181). Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé a de façon

depending on the nature of the procedural requirement being waived and the importance of the right it was enacted to protect. However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and, in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place.

I will now consider those principles as they apply to the procedural requirements of s. 492.

First let us look at the notice that an accused may give to the sheriff. To identify the right of the accused Parliament intended to protect through this procedure one must look at the purpose of the notice. That purpose is revealed by the fact that it creates an obligation upon the sheriff to "forthwith inform" the judge who in turn "shall fix a time and place for the accused to re-elect" and then "cause notice thereof to be given to the accused".

The right to be protected by the procedural enactment is that of the accused, wishing to re-elect, to have a timely opportunity to do so. He is entitled to have the judge informed of his wish, and thus require the judge to act under the section. An accused who has in fact acted on that opportunity cannot later complain that the notice requirement needed waiver by him as it obviously, in those circumstances, no longer had any purpose.

As for the notice that the judge must give the accused, it is to ensure that he will know where and when to attend to re-elect. An accused who does in fact agree to a time and place to attend would clearly and unequivocally be waiving that notice.

The procedural step set out in s. 492(3), requiring the use of certain words, is there to ensure that an accused is properly informed of the choice he has made and the one he now proposes to adopt. His alternatives in the case at bar would be trial by a court composed of a judge and jury, which he has formerly chosen, or trial by judge or magis-

taire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent.

J'aborde maintenant l'étude de l'application de ces principes aux règles de procédure contenues dans l'art. 492.

Examinons d'abord la notification qu'un accusé peut donner au shérif. Pour déterminer le droit de l'accusé que le législateur veut protéger par cette procédure, il faut considérer l'objet de la notification. Cet objet se dégage du fait qu'il impose au shérif une obligation d'informer « aussitôt » le juge qui, lui, « doit fixer le temps et le lieu où le prévenu pourra effectuer un nouveau choix », puis « en faire donner avis au prévenu ».

Ce que cette disposition de procédure vise à protéger est le droit de l'accusé qui désire faire un nouveau choix, d'avoir une occasion de le faire en temps utile. Il a le droit de faire informer le juge de son désir et, par ce moyen, d'exiger que le juge agisse conformément à l'article. Un accusé qui s'est effectivement prévalu de cette possibilité ne peut par la suite prétendre qu'il devait renoncer à la notification exigée, car il est évident que dans ces circonstances, elle n'a plus d'utilité.

Quant à l'avis que le juge doit donner à l'accusé, il est prévu pour que ce dernier sache où et quand comparaître pour faire un nouveau choix. Si un accusé convient en fait du temps et du lieu, cela constitue une renonciation claire et non équivoque à cet avis.

La procédure énoncée au par. 492(3), qui exige l'emploi de certains mots, vise à assurer qu'un accusé est bien informé du choix qu'il a fait et de celui qu'il se propose maintenant de faire. En l'espèce, l'accusé avait la possibilité soit d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, ce qu'il avait choisi en premier lieu, soit d'être jugé

trate alone, which he then contemplated. An informed waiver must therefore be, as regards that portion of s. 492, a clear and unequivocal indication by the accused himself or through his counsel that he knows the words that the law says must be used when putting him to his re-election, that he does not require that those words be uttered to him, that he knows he was going to have a trial before a judge and jury, that he still has the right to such a trial but that he still has the right to re-elect for a trial before a judge sitting without a jury or a magistrate.

Now to apply these considerations to the facts of the present case.

The events took place in the judicial district of Montreal. Pursuant to questions by this Court at the hearing, attorney for the appellant acknowledged the existence of a practice particular to that district as regards re-election. (See: *Traité de procédure pénale*, vol. 1, 1981, by Béliveau, Bellemare and Lussier, at pp. 302-308). As appears from that book, an accused, who has elected for a trial by jury and who wishes to re-elect for a trial by judge alone, does not advise the sheriff of same but rather a particular clerk of the court who is known as being currently the person responsible for re-elections. If the re-election is to be made at a date prior to the date the accused was told to be present before the Assizes Court at his last appearance before that Court, that clerk, having been so advised by accused's counsel, arranges for an appearance before the Chief Judge of the Court of the Sessions of the Peace (or any judge replacing him for that purpose) for re-election. This is usually done in the absence of the Crown Prosecutor who is handling the case, unless there is some special reason for his being present, such as a plea of guilty followed by pre-sentence representations, or evidently unless, as in this case, the trial is to commence at that time by the reading into the record of evidence already adduced in other procedures.

That this be the practice in the judicial district of Montreal, appellant does not contest. He ques-

par un juge ou un magistrat siégeant seul, ce qu'il a envisagé par la suite. Donc, pour ce qui a trait à cette partie de l'art. 492, une renonciation éclairée doit consister en une indication claire et non équivoque de l'accusé lui-même ou par l'intermédiaire de son avocat qu'il connaît les mots qu'aux termes de la loi on doit employer lorsqu'il est appelé à faire un nouveau choix, qu'il n'exige pas que ces mots lui soient lus et qu'il sait qu'il allait être jugé par un juge et un jury, que le droit à ce type de procès lui est toujours ouvert mais qu'il a tout de même le droit de faire un nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant sans jury ou par un magistrat.

Appliquons maintenant ces considérations aux faits de l'espèce.

Les événements se sont déroulés dans le district judiciaire de Montréal. En réponse à des questions posées par cette Cour à l'audience, l'avocat de l'appelant a reconnu l'existence d'un usage en matière de nouveau choix qui est particulier à ce district. (Voir: *Traité de procédure pénale*, t. 1, 1981, de Béliveau, Bellemare et Lussier, aux pp. 302 à 308). Comme il se dégage de cet ouvrage, un accusé qui a choisi d'être jugé par un jury et qui désire faire un nouveau choix pour être jugé par un juge siégeant seul, au lieu d'en informer le shérif en avise un greffier de la cour qui est notoirement chargé des nouveaux choix. Si le nouveau choix doit se faire avant la date de comparution de l'accusé devant la Cour d'assises, date fixée à l'occasion de sa dernière comparution devant cette cour, ce greffier, sur avis en ce sens de la part de l'avocat de l'accusé, organise une comparution devant le juge en chef de la Cour des sessions de la paix (ou devant tout juge qui le remplace à cette fin) en vue d'un nouveau choix. Cela se fait habituellement en l'absence du substitut du procureur général chargé de l'affaire, à moins qu'il n'ait une raison particulière d'être présent, par exemple un aveu de culpabilité suivi de représentations pré-sentencielles ou, évidemment, à moins que, comme en l'espèce, on ne doive commencer le procès à ce moment-là en versant au dossier la preuve déjà produite dans le cadre d'autres procédures.

Que ce soit là l'usage dans le district judiciaire de Montréal n'est nullement contesté par l'appe-

tions however the validity of that practice as not being in accordance with s. 492. In this case, the accused with his attorney, the Crown attorney and the clerk were in the Court of the Sessions of the Peace before the Chief Judge of that Court. The record, which was the Superior Court's record by virtue of the appellant's original election, had been brought to that Court and the clerk had read the charge to Korponay and asked him whether he pleaded guilty or not guilty. To that, the accused's attorney replied "judge alone". It is clear from the exchange that ensued that the Crown, and probably the court clerk, were under the mistaken impression that the accused had already re-elected to that Court and was there to commence the trial, which is what eventually happened.

It is equally clear that appellant's attorney and appellant himself were there to commence the trial before that Court and that the attorney for the appellant, being of the view, and rightly so, that there had not been a re-election, indicated to the judge in his client's name that he wanted to be tried by a judge alone. The judge had before him an attorney whose knowledge of the law and of the practice of the criminal law does not appear to be in issue. He was, in my view, amply justified in assuming, since everyone was there to proceed with the trial, that the attorney had discussed the matter with Korponay and that Korponay made an informed decision, on the advice of his attorney, to proceed to trial, not before a jury, but before that judge sitting without a jury, and that the attorney was fully authorized to do anything necessary to that end. The judge was therefore in my view amply justified in considering that the attorney's saying "judge alone" was an informed waiver of the requirement of putting to his client the words of the section. The accused's attorney knew what those words were, he knew what they meant and what effect his answer "judge alone" would have on his client's rights. Also, I should like to make my own the words of Monnin J. A. when, speaking for the majority of the Court of Appeal for Manitoba in the case of *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62, (the decision was reversed by this Court<sup>1</sup>

lant. Mais il en conteste la validité, puisque cet usage n'est pas conforme à l'art. 492. En l'espèce, l'accusé accompagné de son avocat, le substitut du procureur général et la secrétaire judiciaire se trouvaient en Cour des sessions de la paix, devant son juge en chef. On avait transmis le dossier, qui était en Cour supérieure en raison du premier choix de l'appelant, à la Cour des sessions de la paix; la secrétaire judiciaire a fait lecture de l'acte d'accusation à Korponay et lui a demandé s'il avouait ou niait sa culpabilité. A cette question, l'avocat de l'accusé a répondu «juge seul». Il se dégage nettement des propos qui ont suivi que le ministère public, et vraisemblablement la secrétaire judiciaire de la cour, croyaient à tort que l'accusé avait déjà fait un nouveau choix d'être jugé par cette cour et qu'il était présent pour commencer le procès, ce qui est finalement arrivé.

Il est évident aussi que l'avocat de l'appelant et l'appelant lui-même avaient comparu devant cette cour pour commencer le procès et que l'avocat, étant d'avis, et à juste titre, qu'il n'y avait pas eu un nouveau choix, a fait savoir au juge au nom de son client que ce dernier voulait être jugé par un juge siégeant seul. Le juge était en présence d'un avocat dont la connaissance du droit et de la procédure criminelle n'a pas été contestée. Il était bien fondé, selon moi, à présumer, vu que tout le monde était là pour commencer le procès, que l'avocat en avait discuté avec Korponay, que celui-ci avait pris une décision éclairée, fondée sur les conseils de son avocat, d'être jugé non par un jury mais par ce juge siégeant sans jury et que l'avocat avait plein pouvoir de faire tout ce qui était nécessaire à cette fin. Par conséquent, je suis d'avis que le juge était bien fondé à estimer que lorsque l'avocat a dit «juge seul», il s'agissait d'une renonciation éclairée à l'exigence de faire lecture à son client des mots contenus dans l'article. L'avocat de l'accusé connaissait ces mots; il en connaissait la signification et l'effet que sa réponse «juge seul» aurait sur les droits de son client. De plus, je fais miens les propos du juge Monnin, parlant au nom de la majorité en Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62, à la p. 71 (cette Cour a infirmé l'arrêt<sup>1</sup> mais pour des motifs qui ne touchent pas le passage

<sup>1</sup> [1981] 2 S.C.R. 214.

<sup>1</sup> [1981] 2 R.C.S. 214.

but for reasons irrelevant to the passage that I am quoting with approval), he said (at p. 71):

I am of the view that what the accused can personally do counsel speaking on his behalf and in his presence can likewise do; otherwise we are diminishing the role of counsel and making a mockery of open trials solemnly conducted in the presence of the accused fully represented by counsel of his choice. It is certainly more expeditious and free from doubt to let a person who is trained and learned in the law inform the court of the election and the plea of the accused, providing it is done in open court and in the hearing of the accused, rather than [*sic*] to insist that a slow and tedious trial ritual be accomplished only through the mouth of the accused, who may not fully understand the questions raised and who may be hesitant to reply for fear of misunderstanding or mistake. Counsel has a role to play in the courtroom. He should be able to play it to the fullest.

This is a case of a clear and unequivocal waiver by the accused through his attorney of the uttering of the words set out in the section. The attorney thought the accused had not re-elected, was right in thinking so and did re-elect for the purpose of getting on with what everyone was there to do: start the trial. As for his "notice" to the sheriff, I think that what I have already said on the matter is sufficient. He was being offered the choice the notice was enacted to ensure, and that procedure would have been superfluous and needed not be waived.

This also disposes of notice from the judge. In any event it is also evident that all there had agreed to a time, place and purpose, and that it would be extravagant to even suggest that there was not a clear and unequivocal waiver of that requirement.

This ground should therefore fail.

#### Second ground

This ground concerns the procedure set out in s. 8 of the *Narcotic Control Act*:

auquel j'opine):

[TRANSLATION] Je suis d'avis que ce que l'accusé peut faire lui-même, son avocat parlant pour lui et en sa présence peut également le faire; s'il en était autrement, le rôle de l'avocat s'en trouverait diminué et le concept de procès publics tenus solennellement en la présence de l'accusé représenté par l'avocat de son choix ne serait qu'un simulacre. Il est évidemment plus expéditif et plus sûr de permettre à une personne possédant une formation et une instruction juridiques d'aviser la cour du choix de l'accusé et de son plaidoyer, pourvu que cela se fasse en audience publique et que l'accusé puisse l'entendre, que d'exiger que l'accusé, qui peut ne pas complètement comprendre les questions posées ou qui peut hésiter à y répondre de crainte de ne pas comprendre ou de commettre une erreur, participe directement au rituel lent et fastidieux du procès. L'avocat a un rôle à jouer dans la salle d'audience. Qu'on lui permette de le jouer pleinement.

En l'espèce, l'accusé a, de façon claire et non équivoque, par l'intermédiaire de son avocat, renoncé à la lecture de la formule de l'article. L'avocat, croyant avec raison que l'accusé n'avait pas fait un nouveau choix, l'a fait lui-même afin de pouvoir commencer le procès, car c'était pour cela que tout le monde s'était présenté en cour. Quant à la «notification» au shérif, je m'en tiens à ce que j'ai déjà dit à ce propos. Vu qu'on a offert à l'accusé le choix que la notification est destinée à assurer, cette procédure aurait été superflue et il n'était pas nécessaire d'y renoncer.

Il en va de même pour l'avis du juge. De toute façon, il est aussi évident que toutes les personnes présentes étaient convenues d'un moment, d'un lieu et d'un objet et qu'il serait extravagant d'oser prétendre qu'il n'y avait pas eu une renonciation claire et non équivoque à cette règle.

Ce moyen ne peut donc pas être retenu.

#### Le second moyen

Ce moyen se fonde sur la procédure établie par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* dont voici le texte:

8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

After the Crown closed its case, Korponay, on May 5, 1977, testified and then closed his defence. The trial judge set August 3 for judgment. On that date, Korponay and three other accused, who had been charged on different records with two counts, conspiracy to traffic in a narcotic, and trafficking, appeared before him for judgment. Korponay had been tried separately. Evidence adduced at the trials of the others had been read into Korponay's trial. The trial judge was pronouncing judgment of all four accused on the same day for they were all part of the same illegal transaction though charged differently and not tried with Korponay. This is of some relevance in understanding what I consider to be but an unfortunate oversight on the judge's part, he being well cognizant of the exceptional procedure to be followed on a trial governed by s. 8 of the *Narcotic Control Act*. In a written judgment, which he read, he concluded by finding all of them guilty as charged. He had evidently momentarily overlooked the special position Korponay was in and as a result did not in any way comply with the procedure set out in s. 8, make a

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

Après que le ministère public eut présenté sa preuve, Korponay, le 5 mai 1977, a témoigné puis a terminé l'exposé de ses moyens de défense. Le juge du procès a fixé le jugement au 3 août. A cette date, Korponay et trois autres accusés qui avaient été inculpés séparément sur deux chefs d'accusation, soit d'avoir comploté de faire le trafic d'un stupéfiant et de trafic d'un stupéfiant, ont comparu pour entendre le jugement. Korponay avait subi un procès distinct. On avait versé au dossier du procès de Korponay des éléments de preuve produits aux procès des autres accusés. Le juge du procès a prononcé le jugement dans les cas des quatre accusés le même jour, car ils avaient tous participé à la même opération illégale, quoique les accusations portées contre les trois autres accusés fussent différentes et qu'ils n'eussent pas subi leur procès avec Korponay. Ce fait a une certaine importance parce qu'il nous aide à comprendre ce qui, à mon avis, n'est qu'un oubli regrettable de la part d'un juge qui connaît bien la procédure d'exception à suivre dans un procès régi par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. A la fin

finding as to possession (evidently affirmative), and then offer him the opportunity to address the issue of "purpose".

Though raised in the Court of Appeal, this ground was in no way addressed or even mentioned by that court. Having dealt with the ground related to the re-election procedure Nolan J.A., speaking for the Court, reviewed the evidence and then said (A.C. at p. 2789):

In my opinion the Appellant has failed to justify his grounds of appeal. The Crown, in my view, has proven Appellant's guilt beyond a reasonable doubt and I would therefore dismiss the appeal.

Both counsel agreed that this was an unfortunate oversight. I agree, all the more so as it was not only a serious ground but in my opinion one that should have succeeded.

Appellant argues essentially that the procedure set out in s. 8 is mandatory and seeks support for that proposition in the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209. He further says that non-compliance is fatal and that the provisions of s. 613(1)(b)(iii) cannot be invoked, and, to that end, he relies on this Court's decision in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709.

Respondent says that the *McDonald* decision must be read in the light of the peculiar facts of the case as was done by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75, and later by the Court of Appeal of Quebec in *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323. In essence, respondent relies on the *Sharpe* and *Sylvain* cases to argue that there is no reason why, given the proper circumstances, as those courts felt was the case in those two instances, the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) cannot be applied.

des motifs écrits qu'il a lus, le juge a déclaré tous les accusés coupables des infractions qui leur étaient imputées. De toute évidence, il a momentanément oublié la situation spéciale de Korponay et, par conséquent, n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8, c'est-à-dire, conclure à la possession (c'était évidemment le cas), puis lui fournir l'occasion d'être entendu sur la question de «l'objet» de la possession.

Quoique soulevé en Cour d'appel, ce moyen n'a pas retenu l'attention de cette cour-là qui n'en a même pas fait mention. Après avoir analysé le moyen fondé sur la procédure de nouveau choix, le juge Nolan, parlant au nom de la Cour, a passé la preuve en revue, puis il a dit (d.a. à la p. 2789):

[TRADUCTION] A mon avis, l'appelant n'a pas établi le bien-fondé de ses moyens d'appel. J'estime que le ministère public a démontré la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Les deux avocats conviennent que c'est là un oubli regrettable. Je suis d'accord, d'autant plus qu'il s'agit non seulement d'un moyen sérieux, mais aussi d'un moyen qui aurait dû, à mon avis, donner gain de cause à l'appelant.

L'appelant allègue en substance que la procédure prévue par l'art. 8 est impérative et invoque à l'appui de cet argument l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209. Il fait valoir en outre que le non-respect de cet article est fatal et que l'on ne peut invoquer le sous-al. 613(1)(b)(iii), prétention qu'il appuie sur l'arrêt de cette Cour *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

L'intimé prétend qu'en interprétant l'arrêt *McDonald*, on doit garder à l'esprit les faits particuliers de l'affaire, comme l'ont fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75, et, ultérieurement, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323. L'intimé se fonde en somme sur les arrêts *Sharpe* et *Sylvain* pour prétendre qu'il n'y a aucune raison, lorsque les circonstances le justifient, comme ces cours estimaient que c'était le cas dans les deux affaires en question, de ne pas appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii).

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

Respondent says that, as Korponay was *de facto* given the opportunity to offer an explanation and did offer one as to the purpose of his possession, the provisions of s. 613(1)(b)(iii) could and in this case should be applied.

This to me is, with deference, a misunderstanding of the rights of an accused at a trial governed by s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

Under s. 8, the rights of an accused are fourfold:

- a trial conducted during the first phase as if the charge were one under s. 3;
- a full answer and defence to the issue of possession before being put in actual jeopardy of conviction of an offence under s. 4(2);
- a finding on possession before deciding on a defence and revealing its nature as regards the purpose of that possession in the event that finding be affirmative;
- an opportunity of presenting that defence.

The respondent-Crown is saying that a breach of the accused's right to a finding by the judge before addressing the issue of the purpose of his possession is necessarily cured by the accused having in fact been given at some time prior to that finding an opportunity to address the issue and by his having availed himself of that opportunity.

The accused's right is not limited to that of being given an opportunity of establishing that the purpose of his possession was not trafficking; were that the case, I would agree with the Crown that the accused having testified as to that aspect of the offence, s. 613(1)(b)(iii) could, given the proper circumstances, be applied and cure the oversight with respect to the second stage of s. 8.

Le sous-alinéa 613(1)b)(iii) du *Code criminel*

Selon l'intimé, comme Korponay a en réalité eu l'occasion d'expliquer pourquoi il était en possession du stupéfiant et vu qu'il a donné une telle explication, il y a lieu en l'espèce d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii).

Avec égards, j'estime que cet argument traduit une méconnaissance des droits d'un accusé dont le procès relève de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

L'article 8 confère à l'accusé un droit qui comporte quatre volets:

- un procès qui, dans sa première phase, s'instruit comme s'il s'agissait d'une accusation portée en vertu de l'art. 3;
- une occasion de présenter une réplique et une défense complètes relativement à la question de la possession avant même qu'il ne soit réellement exposé à être reconnu coupable en vertu du par. 4(2);
- une conclusion sur la question de la possession avant qu'il ne choisisse un moyen de défense et n'en révèle la nature pour expliquer pourquoi il était en possession du stupéfiant, dans l'hypothèse où la cour conclurait à la possession;
- une occasion de présenter ce moyen de défense.

Le ministère public intimé prétend qu'une violation du droit de l'accusé à ce que le juge tire une conclusion quant à la possession avant que l'on ne passe à la question de l'objet de la possession du stupéfiant est nécessairement réparée si, à quelque moment avant cette conclusion, l'accusé a eu la possibilité de plaider sur ce point et s'il s'en est prévalu.

Le droit de l'accusé ne se limite pas à la possibilité de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; s'il en était ainsi, je partagerais l'avis du ministère public qu'après le témoignage de l'accusé sur cet aspect de l'infraction, il serait possible, lorsque les circonstances le permettent, d'appliquer le sous-al. 613(1)b)(iii) de manière à remédier à l'oubli de la deuxième étape prévue par l'art. 8.



Such is not however the case because most important is the additional right of an accused to avail himself of that opportunity, or decide not to, only after having been given the trier of fact's finding as to possession and only if that finding is adverse. The question therefore, as regards the application of s. 613(1)(b)(iii), is whether the Crown has discharged the burden of satisfying the court that even if the accused had known that the finding would be adverse to him his defence would have been necessarily the same. I find it difficult to imagine a court ever being so satisfied. Indeed, an accused's whole approach to his case might well be very different at that second stage of the proceedings. Let me illustrate. An accused is perfectly entitled, by his not testifying himself in his own defence though offering a defence at the first stage of the proceedings, to refrain from revealing an addiction to drugs which could be incriminating as regards possession. He might however want to establish that fact at the second stage of the proceedings when contending that the purpose of his possession was for personal consumption. This example illustrates the general proposition that a court cannot know that a defence after the finding would necessarily have been the same as that advanced before and conclude that there was "no substantial wrong or miscarriage of justice".

In my view, the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) can never succeed in face of this type of error. Such non-compliance with the section will be fatal unless there has been a valid waiver on the part of the accused. Though Parliament has not put any error of law beyond the reach of s. 613(1)(b)(iii), certain types of errors of law are such that the Crown will never succeed in satisfying the court that, had it not been for the error, the verdict would of necessity have been the same.

Such is the type of error in the present case. Indeed the denial of an opportunity of presenting a defence will always leave the court uncertain as to

Mais ce n'est pas le cas, parce que ce qui importe avant tout est le droit supplémentaire d'un accusé de ne se prévaloir de cette possibilité ou de décider de ne pas s'en prévaloir qu'après avoir été informé de la conclusion du juge des faits quant à la possession, et seulement si cette conclusion lui est défavorable. La question en ce qui concerne l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) est donc de savoir si le ministère public a convaincu la cour que, même si l'accusé avait su que la conclusion lui serait défavorable, il aurait nécessairement invoqué le même moyen de défense. Je conçois difficilement qu'une cour en soit jamais convaincue. A la vérité, il est fort possible que la façon dont un accusé aborde son procès soit tout à fait différente à la deuxième étape des procédures. Je m'explique. Un accusé a bien le droit, en ne témoignant pas lui-même en défense, même s'il a présenté une défense à la première étape des procédures, de ne pas révéler qu'il est toxicomane, révélation qui pourrait être incriminante sur la question de la possession. Il pourrait toutefois désirer prouver ce fait à la deuxième étape des procédures lorsqu'il fait valoir que le stupéfiant qu'il avait en sa possession était destiné à sa propre consommation. Cet exemple illustre la proposition générale qu'une cour ne peut savoir que le moyen de défense mis de l'avant après la décision sur la possession aurait nécessairement été le même que celui invoqué avant cette décision et, de là, conclure qu'il n'y a eu «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave».

A mon avis, on ne pourra jamais invoquer avec succès les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) pour une erreur de ce type. Pareil non-respect de l'article sera fatal, à moins d'une renonciation valide de la part de l'accusé. Bien que le législateur n'ait soustrait aucune erreur de droit du champ d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), certaines erreurs de droit sont telles que le ministère public ne réussira jamais à convaincre la cour que, n'eût été l'erreur, le verdict aurait nécessairement été le même.

C'est de ce type d'erreur qu'il s'agit en l'espèce. En fait, lorsque l'accusé est privé de la possibilité de présenter un moyen de défense, la cour sera

what would finally be the evidence adduced had the opportunity denied been given the accused.

Appellant's reliance on this Court's decision in *Cloutier* was predicated on what was said by Pratte J. (at p. 724):

The accused, who is erroneously denied a peremptory challenge, is entitled to ask that the trial and the guilty verdict returned by an irregularly empanelled jury be annulled; it is not necessary for him to prove a prejudice; there is a 'préjudice de droit'; as to this no doubt exists: *R. v. Churton* (1919), 31 C.C.C. 188; *Henry Williams* (1925), 19 Cr. App. R. 67; *R. v. Page*, [1965] Crim. L.R. 444.

This passage is *obiter*. In any event, to the extent that Pratte J. could be interpreted as suggesting that the irregular empanelling of a jury is an error of law which may never be cured by the application of s. 613(1)(b)(iii), I cannot, with deference, agree. But I do agree with the appellant that such is the error in the present case. And, as I have said, the fatal effect on the trial of non-compliance in the present case can only be avoided if there be a valid waiver.

#### Waiver

Though waiver was not commented on by either party to the proceedings, the issue of waiver must nevertheless be addressed, as it is determinative of this appeal.

When considered in the perspective of waiver the question to be addressed is the following: has an accused waived his right to a "finding" and to then presenting anew a defence on the issue of "purpose" by the mere fact that he has already addressed that issue at the first stage?

I need not repeat here, when considering s. 8, what I have said earlier as regards the criterion for determining the existence and validity of a waiver, except to repeat that it must be informed, clear and unequivocal.

Two cases relied upon by respondent in support of an application of s. 613(1)(b)(iii) and which, it is true, were in fact decided on that basis, in my

toujours dans l'incertitude quant à la preuve dont elle aurait finalement été saisie si cette possibilité avait été donnée à l'accusé.

En s'appuyant sur l'arrêt *Cloutier* de cette Cour, l'appelant tire argument des propos du juge Pratte (à la p. 724):

L'accusé, à qui on a erronément refusé une récusation péremptoire, est bien fondé à demander la nullité du procès et du verdict de culpabilité rendu par un jury ainsi irrégulièrement formé; il ne lui est pas nécessaire de prouver un préjudice; il y a préjudice de droit: cela ne fait pas de doute: *R. v. Churton* (1919), 31 C.C.C. 188; *Henry Williams* (1925), 19 Cr. App. R. 67; *R. v. Page*, [1965] Crim. L.R. 444.

Il s'agit d'un *obiter*. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'on peut dire que les propos du juge Pratte laissent entendre que la formation irrégulière d'un jury est une erreur de droit que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne pourra jamais réparer, avec égards, je ne suis pas d'accord. Mais je partage l'avis de l'appelant qu'on est ici en présence de ce type d'erreur. Et, comme je l'ai déjà dit, seule une renonciation valide peut écarter l'effet fatal du non-respect de l'art. 8 sur le procès en l'espèce.

#### La renonciation

Bien que ni l'une ni l'autre des parties n'ait fait d'observations sur la renonciation, il convient tout de même de se pencher sur cette question, car elle est déterminante en l'espèce.

Sous l'aspect de la renonciation, la question à trancher est la suivante: un accusé renonce-t-il à son droit à une «conclusion» sur la possession et à son droit de présenter à nouveau des moyens de défense sur la question de «l'objet» de la possession, du simple fait qu'il a plaidé sur cette question à la première étape?

Il n'est pas nécessaire de répéter ici, relativement à l'art. 8, ce que j'ai déjà dit concernant le critère qui permettra de déterminer s'il existe une renonciation valide, sauf pour réitérer que celle-ci doit être éclairée, claire et non équivoque.

Deux affaires invoquées par l'intimé à l'appui de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), tranchées, il est vrai, sur le fondement de ce sous-alinéa, mon-

view offer illustrations of circumstances where valid waivers had in fact been made, and for that reason, though disagreeing as to the propriety of resorting to s. 613(1)(b)(iii), I find myself in agreement with the result: *R. v. Sylvain, supra*, which is the waiver of the “finding”, and *R. v. Sharpe, supra*, which is different, being the waiver of adducing evidence after the finding.

In *Sylvain*, the accused testified at the first stage; at the outset he admitted possession and then addressed the issue of “purpose” before the judge made a finding as to his possession. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal by applying s. 613(1)(b)(iii). As I said earlier, I do not think that s. 613 can have any application where the provisions of s. 8 have not been complied with. But, the fact that *Sylvain*, assisted by his attorney, and in answer to questions by his attorney, started by admitting possession and then dealt directly with “purpose” was, in the circumstances of that case, in my opinion, a clear and unequivocal waiver of his right to a “finding” on possession by the judge before testifying as to purpose.

The *Sharpe* case appears to have been decided by the Court of Appeal for Ontario by resorting to a combination of “waiver” and the provisions of s. 613. *Sharpe* had testified at the first stage. What then happened is best described by the Court of Appeal *per* Morden J.A. (at p. 80):

In the case at bar the Magistrate was well aware of the provisions of s. 4(4). After hearing counsel on the issue of possession, he made a finding that the appellant was guilty of possession. It was at that point he turned to the issue of trafficking and heard argument. The record does not show that he specifically advised the accused of his right to give or call evidence on this issue. However, I assume that the counsel who appeared for the appellant at the trial (who was not his counsel in this Court), knew the correct procedure and if he had evidence he wished to call on the issue of trafficking, he would have so advised the Magistrate and it would have been received. In view of the appellant’s denial of possession, it would be difficult to imagine what evidence he himself

trent, à mon avis, des circonstances dans lesquelles il y avait effectivement eu une renonciation valide; pour cette raison, bien que n’étant pas d’accord sur la légitimité du recours au sous-al. 613(1)(b)(iii), je souscris au résultat: *R. v. Sylvain*, précité, où il s’agit d’une renonciation à la «conclusion» sur la possession, et *R. v. Sharpe*, précité, où, à la différence de l’affaire *Sylvain*, il s’agit d’une renonciation à la production d’éléments de preuve après la conclusion sur la possession.

Dans l’affaire *Sylvain*, l’accusé a témoigné à la première étape; dès le début il a avoué la possession et a alors plaidé sur la question de «l’objet» de la possession avant que le juge ne statue sur la possession. La Cour d’appel du Québec, appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii), a rejeté l’appel. Comme je l’ai déjà dit, je ne pense pas que l’art. 613 puisse s’appliquer lorsqu’on ne s’est pas conformé à l’art. 8. Mais, le fait que *Sylvain*, assisté de son avocat, et en réponse aux questions de ce dernier, ait commencé par reconnaître la possession pour passer directement ensuite à l’objet de la possession constituait dans les circonstances, à mon avis, une renonciation claire et non équivoque à son droit à une «conclusion» du juge sur la possession avant qu’il ne témoigne sur «l’objet» de la possession.

Dans l’affaire *Sharpe*, la Cour d’appel de l’Ontario semble s’être fondée à la fois sur la «renonciation» et sur les dispositions de l’art. 613. *Sharpe* avait témoigné à la première étape. Ce qui s’est alors passé se dégage nettement des motifs du juge Morden (à la p. 80):

[TRADUCTION] En l’espèce, le magistrat connaissait bien les dispositions du par. 4(4). Après avoir entendu la plaidoirie de l’avocat sur la question de la possession, il a conclu que l’appellant était coupable de possession de stupéfiant. C’est alors qu’il a abordé la question du trafic et a entendu les plaidoiries à cet égard. Il ne se dégage pas du dossier qu’il ait de façon précise avisé l’accusé de son droit de témoigner ou de faire témoigner d’autres personnes sur cette question. Je présume toutefois que l’avocat qui a comparu pour l’appellant au procès (qui n’est pas son avocat en cette Cour), connaissait la bonne procédure et que, s’il avait eu des éléments de preuve à apporter sur la question du trafic, il en aurait informé le magistrat qui les aurait reçus. Vu que

could have given on the issue of trafficking. At very most, the Magistrate's failure to ask whether defence wished to call evidence at this stage was an irregularity and in view of his counsel's acquiescence, it could not be a ground for allowing this appeal. As Lord Goddard C.J. said in *R. v. Neal*, [1949] 2 K.B. 590 at p. 597: "We desire, however, to emphasize that if an irregularity arises in a trial which can be cured, and it is not brought timeously to the attention of the court of trial, it does not by any means follow that this court will allow advantage to be taken of it when it is too late to remedy it except by quashing the conviction."

See also *R. v. Lashbrooke* (1958), 43 Cr. App. R. 86.

When the finding of possession was made against the appellant, then s. 4(4) imposed an onus upon him to establish by a balance of probabilities that he was not in possession for the purpose of trafficking. He did not call evidence on this issue. He was entitled to rely upon the evidence already given and if that evidence as a whole raised a reasonable doubt then he would have been entitled to have been acquitted: *R. v. Cappello, supra*. In my opinion, the quantity of narcotics found in his possession and their value and the fact that the appellant was not an addict, left no room for reasonable doubt of his guilt and the Magistrate did not err when he convicted the appellant of having in his possession a drug for the purpose of trafficking.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

(The underlining is mine.)

The fact that the attorney did not, after the affirmative finding as to possession, call any evidence but rather proceeded immediately to present his arguments as regards "purpose" could, in that case, be considered a waiver of the accused's right to adduce, anew, evidence on the issue of purpose. If and to the extent the Court of Appeal for Ontario is predicating its conclusion on the presence of a valid waiver, I agree. I should not, however, with deference, for reasons already set out, agree with what appears to be an application of s. 613(1)(b)(iii) by speculating as to whether the accused could and would have added anything

l'appelant a nié la possession, il est difficile de concevoir quelle preuve il aurait pu lui-même apporter sur la question du trafic. L'omission du magistrat de demander si la défense voulait présenter des éléments de preuve à ce stade-là constitue tout au plus une irrégularité et, étant donné l'acquiescement de l'avocat de l'accusé, on ne saurait se fonder sur cela pour accueillir cet appel. Comme l'a dit le lord juge en chef Goddard dans l'arrêt *R. v. Neal*, [1949] 2 K.B. 590, à la p. 597: «Nous désirons cependant souligner que si une irrégularité à laquelle il est possible de remédier se présente au cours d'un procès et n'est pas portée en temps utile à l'attention du tribunal qui l'entend, cela ne veut aucunement dire que cette cour permettra à la partie en question d'en tirer avantage lorsqu'il est trop tard pour y remédier si ce n'est par l'annulation de la déclaration de culpabilité.»

Voir aussi *R. v. Lashbrooke* (1958), 43 Cr. App. R. 86.

Dès lors que la cour a conclu à la possession, il incombe à l'appelant en vertu du par. 4(4) d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. Il n'a présenté aucune preuve sur cette question. Il avait le droit de se fonder sur la preuve déjà produite et si l'ensemble de cette preuve avait fait naître un doute raisonnable, alors il aurait eu droit à un verdict d'acquiescement: *R. v. Cappello, précité*. A mon avis, la quantité de stupéfiants trouvés en sa possession, leur valeur et le fait que l'appelant n'est pas toxicomane ne laissent pas planer de doute raisonnable quant à sa culpabilité, et le magistrat n'a pas commis d'erreur en déclarant l'appelant coupable d'avoir eu en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

(C'est moi qui souligne.)

Dans cette affaire-là, le fait que l'avocat, après que la cour eut répondu par l'affirmative à la question de la possession, n'ait pas présenté de preuve mais ait présenté tout de suite ses arguments sur «l'objet» de la possession, pouvait être considéré comme une renonciation au droit de l'accusé de présenter à nouveau des éléments de preuve sur la question de l'objet de la possession. Dans la mesure où la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario repose sur l'existence d'une renonciation valide, j'y souscris. Toutefois, pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne puis, avec égards, opiner à ce qui paraît être une application

else to his defence had he exercised his right to do so after a "finding".

The present case is different from *Sharpe* in that there was no finding. It differs from *Sylvain* in that the accused did not admit possession. There is no basis, when applying the proper criterion, for concluding that there was a waiver of the "finding", as in *Sylvain*, or of the calling of further evidence as in *Sharpe*. There being no waiver, we have here an error of law, non-compliance with s. 8, that cannot, as I said, be dealt with under s. 613(1)(b)(iii). This ground of appeal should therefore in my view succeed and a new trial should be ordered.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Letellier, Montreal.*

du sous-al. 613(1)b)(iii) en faisant des conjectures sur la question de savoir si l'accusé avait d'autres éléments à ajouter à sa défense, et s'il les aurait effectivement ajoutés s'il avait exercé son droit de le faire après une «conclusion» sur la possession.

La présente espèce diffère de l'affaire *Sharpe* en ce qu'il n'y a pas eu de conclusion sur la possession. Elle diffère de l'affaire *Sylvain* en ce que l'accusé n'a pas avoué la possession. Si l'on applique le critère approprié, il n'y a aucune raison de conclure que l'appelant a renoncé à la «conclusion» sur la possession, comme dans l'affaire *Sylvain*, ou qu'il a renoncé à présenter d'autres éléments de preuve, comme dans l'affaire *Sharpe*. Faute de renonciation, nous sommes ici en présence d'une erreur de droit, savoir le non-respect de l'art. 8, que, je le répète, on ne saurait corriger en recourant au sous-al. 613(1)b)(iii). L'appelant doit donc, à mon avis, avoir gain de cause sur ce moyen et un nouveau procès doit être ordonné.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Jacques Letellier, Montréal.*