

Mary Evangeline Basarabas *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and between

Jenny Louise Spek *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File Nos.: 16720 and 16701.

1982: November 24, 25.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Procedure — Jury — Juror discharged — Accused not yet put in charge of jury and evidence not called — Whether or not trial had commenced for purposes of s. 573 of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 573.

A juror at appellants' trial was discharged pursuant to s. 573 of the *Criminal Code* after the jury had been empanelled but before the accused had been put in the jury's charge and before any evidence had been called. The trial continued. The accused unsuccessfully appealed their convictions arguing that the matter should not have been put to eleven jurors. The issue before this Court was when does a jury trial begin for the purposes of s. 573: the Crown contended that the juror was discharged in the course of the trial while the accused argued that the trial began only when the accused were put in the charge of the jury.

Held: The appeals should be allowed.

When a jury commences depends on the *Criminal Code* section being applied. An accused at common law has a right to the unanimous verdict of twelve jurors unless or until the judge, after the trial has commenced, is satisfied a juror should not continue to act for reasonable cause. Any abridgment of this right, such as the practical cure in s. 573(2) for difficulties arising from the discharge of a juror, should be narrowly construed. The wording of s. 573(1) anticipated the jury's have acted *qua* jury prior to a juror's discharge. The weight of authority supported the position that a jury trial commenced when the accused was placed in the jury's

Mary Evangeline Basarabas *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et entre

Jenny Louise Spek *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N^{os} du greffe: 16720 et 16701.

1982: 24, 25 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Procédure — Jury — Juré libéré — Sort des accusées non encore confié au jury et aucune preuve faite — Le procès était-il commencé aux fins de l'art. 573 du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 573.

Au procès des appelantes, un juré a été libéré sous l'autorité de l'art. 573 du *Code criminel* après la formation du jury mais avant que le sort des accusées ait été confié au jury et avant qu'aucune preuve ait été faite. Le procès s'est continué. Les accusées ont été déboutées de leur appel à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre elles où elles ont fait valoir que leur sort n'aurait pas dû être confié à onze jurés. La question soumise à cette Cour est de savoir quand commence un procès devant jury aux fins de l'art. 573: la poursuite allègue que le juré a été libéré au cours du procès alors que les accusées allèguent que le procès commence uniquement lorsque leur sort a été confié au jury.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Le moment du début d'un procès devant jury dépend de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Selon la *common law*, un accusé a droit à un verdict unanime de douze jurés à moins que le juge, après que le procès a commencé, ne soit convaincu pour une cause raisonnable qu'un juré ne doit pas continuer à siéger. Toute limitation de ce droit, telle la solution pratique que prévoit le par. 573(2) pour les difficultés que soulève la libération d'un juré, doit être interprétée restrictivement. Les termes du par. 573(1) laissent entendre que le jury a déjà siégé en tant que jury avant la libération d'un juré. La jurisprudence appuie majoritairement la prétention

charge. There was no good reason to deny the accused a full jury where no evidence had been led.

R. v. Faderman, 1 Den. C.C. 572; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63; *R. v. Dennis*, [1960] S.C.R. 286; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772; *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7; *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, considered; *R. v. Desai*, [1973] Crim.L.R. 36, distinguished; *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38; *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102; *United States v. Curtis*, 4 Mason 232; *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335; *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161; *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, referred to.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, upholding the convictions of the two accused. Appeals allowed.

Francie Howard and Peter Leask, for the appellant Mary Evangeline Basarabas.

Clayton Ruby, Q.C., for the appellant Jenny Louise Spek.

Leonard Doust and W. B. Smart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The question: when does a trial before a jury commence, for the purposes of s. 573 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34? The section reads:

573. (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

(2) Where in the course of a trial a member of the jury dies or is discharged pursuant to subsection (1), the jury shall, unless the judge otherwise directs and if the number of jurors is not reduced below ten, or in the Yukon Territory and the Northwest Territories below five, be deemed to remain properly constituted for all

qu'un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé a été confié au jury. Aucune raison valable ne justifie de refuser aux accusés un jury complet alors qu'aucune preuve n'a encore été faite.

Jurisprudence: Arrêts examinés: *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63; *R. c. Dennis*, [1960] R.C.S. 286; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772; *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7; *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; distinction faite avec l'arrêt *R. v. Desai*, [1973] Crim.L.R. 36; arrêts mentionnés: *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38; *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102; *United States v. Curtis*, 4 Mason 232; *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335; *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161; *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, qui a maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les deux accusées. Pourvois accueillis.

Francie Howard et Peter Leask, pour l'appelante Mary Evangeline Basarabas.

Clayton Ruby, c.r., pour l'appelante Jenny Louise Spek.

Leonard Doust et W.B. Smart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Voici la question soumise: quand commence un procès devant un jury aux fins de l'art. 573 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. 34? Cet article se lit:

573. (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

(2) Lorsque, au cours d'un procès, un membre du jury décède ou est libéré sous l'autorité du paragraphe (1), le jury est considéré, à toutes les fins du procès, comme demeurant régulièrement constitué, à moins que le juge n'en ordonne autrement et à condition que le nombre des jurés ne soit pas réduit à moins de dix ou, dans le

purposes of the trial and the trial shall proceed and a verdict may be given accordingly.

At the trial of the two appellants a juror was discharged, pursuant to s. 573, after the jury had been empanelled but before the accused had been put in charge of the jury and before any evidence had been called. The Crown contends that the juror was discharged "in the course of" the trial. The accused say no, that a jury trial does not commence until, at the earliest, the time at which the accused is put in charge of the jury.

I

Statement of the Facts and the Judicial History

The appellants were charged with the second degree murder of Tristano Falbo and were found guilty after a trial by judge and jury at the City of Vancouver.

After the appellants had entered their respective pleas of not guilty, and after twelve jurors were sworn, but before the appellants had been given in charge to the jury and before the Crown was called upon to present its case, the court was informed that one of the jurors was a fellow employee of the brother of the alleged victim. The prosecutor suggested that the options were "to simply say goodbye" to that one juror under s. 573(1) of the *Criminal Code* or to discharge the jury if there was a chance that the entire jury had been "poisoned" in the jury room. Counsel representing both appellants then indicated he had similar concerns about the balance of the jury, agreeing that the juror in question should be removed from the jury.

The particular juror was then questioned briefly by the judge and by counsel for the appellants as to comments he might have made to other jurors. Following this, the judge excused the juror and asked for submissions as to whether the trial should be continued with eleven jurors. In his submission, counsel for the appellants applied for a mistrial on the ground that the balance of the jury may have been tainted. This application was denied.

territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, à moins de cinq, et le procès se continuera et un verdict pourra être rendu en conséquence.

Au procès des deux appelantes, un juré a été libéré sous l'autorité de l'art. 573, après la formation du jury, mais avant que le sort des accusées lui eût été confié et avant qu'aucune preuve ait été faite. La poursuite allègue que le juré a été libéré «au cours du» procès. Au contraire, disent les accusées, un procès par jury commence au plus tôt au moment où le sort de l'accusé est confié au jury.

I

Exposé des faits et décisions des cours d'instance inférieure

Les appelantes ont été accusées du meurtre au deuxième degré de Tristano Falbo et ont été déclarées coupables à l'issue d'un procès tenu à Vancouver devant un juge et un jury.

Après que les appelantes eurent respectivement plaidé non coupable et que les douze jurés eurent prêté serment, mais avant que le sort des appelantes eût été confié au jury et que la poursuite eût été appelée à faire sa preuve, la cour a été avisée qu'un des jurés était un compagnon de travail du frère de la présumée victime. Le substitut du procureur général a suggéré soit de [TRADUCTION] «renvoyer tout simplement» ce juré en vertu du par. 573(1) du *Code criminel*, soit de libérer le jury s'il y avait une possibilité que tout le jury ait été «influencé» dans la salle de délibérations. L'avocat des deux appelantes a alors indiqué qu'il avait des préoccupations semblables concernant les autres jurés et s'est déclaré d'accord pour libérer le juré en question.

Le juge et l'avocat des appelantes ont alors interrogé brièvement ce juré sur ce qu'il aurait pu dire aux autres jurés. Le juge a ensuite libéré le juré et demandé un débat sur la question de savoir s'il y avait lieu de poursuivre le procès avec onze jurés. Dans son argumentation, l'avocat des appelantes a demandé que les procédures soient déclarées nulles pour le motif que les autres jurés pouvaient avoir été influencés. Cette demande a été rejetée.

The following day the jury was instructed as to the charge facing the appellants and the plea which had been given by each upon arraignment. The appellants were then put in the charge of the jury and the trial proceeded with eleven jurors.

On appeal one of the points taken was that the trial judge had erred in discharging one of the twelve jurors before the appellants had been put in charge of the jury and in permitting eleven jurors to give a verdict. Counsel contended that a jury trial does not commence until the accused has been placed in the charge of the jury and therefore the discharge of the juror did not take place during the "course" of the trial, as provided in s. 573(1). The Court of Appeal of British Columbia, speaking through Mr. Justice Craig, said:

Although I think that there is much to be said for the liberal interpretation of the word "trial," that is, the trial commences when the accused is arraigned and has pleaded, I think that having regard to the views of Ritchie J., in *R. v. Dennis* [[1960] S.C.R. 286] the word "trial" has a somewhat more restricted meaning in a trial involving a jury. To what extent is the word restricted—does the trial begin when (1) the jury has been empanelled, (2) the accused has been given in charge to jury, (3) when the Crown begins to adduce evidence? I have concluded that for the purposes of s. 573(1) a trial commences when a jury has been empanelled and is ready to hear the case and does not commence only after the accused has been given in charge to the jury. I do not think that anything said by Ritchie J., in *R. v. Dennis* precludes me from adopting this view.

The Court of Appeal rejected all other grounds of appeal and the appeals were dismissed. Before this Court counsel, who were not the counsel at trial, have advanced four grounds. Counsel submitted, *inter alia* that the trial judge had erred in discharging the juror under the provisions of s. 573(1) because the discharge did not arise in the "course" of the trial, counsel contending that in the case of a jury trial the trial does not commence until the accused has been placed in the charge of the jury. At the conclusion of argument Mr. Justice Ritchie, presiding, delivered the following oral judgment for the Court:

Le lendemain, le jury a été informé des accusations portées contre les appelantes et des plaidoyers de chacune d'elles suite à leur mise en accusation. Le sort des appelantes a alors été confié au jury et le procès s'est déroulé avec onze jurés.

En appel, un des points soulevés était que le juge du procès avait commis une erreur en libérant un des douze jurés avant que le sort des appelantes ait été confié au jury et en permettant à onze jurés de rendre un verdict. L'avocat a fait valoir qu'un procès devant jury ne commence pas tant que le sort de l'accusé n'a pas été confié au jury et que par conséquent, la libération du juré n'avait pas eu lieu «au cours» du procès, comme le prévoit le par. 573(1). Le juge Craig, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a dit:

[TRADUCTION] Bien que j'estime qu'il y a beaucoup à dire sur l'interprétation libérale à donner au terme «procès», savoir que le procès commence lorsque l'accusé est mis en accusation et qu'il fait son plaidoyer, j'estime, compte tenu de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Dennis* [[1960] R.C.S. 286], que le terme «procès» a une signification un peu plus restreinte dans le cas d'un procès devant jury. Dans quelle mesure ce terme est-il restreint: est-ce que le procès commence lorsque 1) le jury a été formé, 2) le sort de l'accusé a été confié au jury, 3) lorsque la poursuite commence à faire sa preuve? Je conclus qu'aux fins du par. 573(1), un procès commence lorsqu'un jury a été constitué et qu'il est prêt à entendre la cause, et qu'il ne commence pas seulement après que le sort de l'accusé lui a été confié. Je ne crois pas que le juge Ritchie ait dit quoi que ce soit dans l'arrêt *R. c. Dennis* qui m'empêche d'adopter ce point de vue.

La Cour d'appel a rejeté tous les autres moyens d'appel et les appels ont été rejetés. En cette Cour, les avocats, qui n'étaient pas les mêmes qu'au procès, ont fait valoir quatre moyens d'appel. Ils ont notamment plaidé que le juge du procès a commis une erreur en libérant le juré en vertu des dispositions du par. 573(1) parce que la libération n'a pas eu lieu «au cours» du procès puisque dans le cas d'un procès devant jury, le procès ne commence pas avant que le sort de l'accusé ait été confié au jury. A la fin des débats, le juge Ritchie, qui a présidé à l'audience, a prononcé le jugement oral suivant au nom de la Cour:

We are all of the view that the Court of Appeal of British Columbia erred in its interpretation of s. 573(1) and s. 573(2) of the *Criminal Code* with respect to the question of when a trial before a jury commenced.

The appeal is accordingly allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial ordered. Reasons for judgment will follow at a later date.

Hence these reasons. As we have concluded that, by reason of the discharge of the juror, the appellants were not before a court legally constituted to try them we will not advert to any ground of appeal other than that raising the issue as to the time of commencement of a jury trial. Because of error in resolving that issue the conviction must be quashed, irrespective of the merits of the other grounds of appeal.

II

The Authorities

As Baron Alderson said in *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572, "Trial is a very technical word." In its popular and general sense a trial by jury consists of arraignment and plea, calling and swearing the jury, the opening address of Crown counsel, the examination and cross-examination of witnesses for the Crown and for the defence, the closing addresses of counsel, the judge's charge and, last, the jury's verdict. The cases have, by and large, tended to give a rather more restricted meaning to the word "trial".

Let us look first at some of the cases in this Court. The first is *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407. In that case the judges were equally divided in opinion as to when a trial by jury may be said to commence—one half of the Court holding that it commences before the jury is sworn, and the other half after the jury is sworn. Ritchie C.J. said, at p. 415: "... when there is a court duly constituted the prisoner being present and given in charge to the jury his trial in my opinion commences ..." Strong J. and Fournier J. concurred in the opinion of the Chief Justice. The other three judges were of the opinion that the trial com-

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété de façon erronée les par. 573(1) et 573(2) du *Code criminel* pour ce qui est de déterminer le moment où commence un procès devant jury.

L'appel est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et un nouveau procès est ordonné.

Les motifs du jugement suivront à une date ultérieure.

D'où les présents motifs. Puisque nous avons conclu qu'en raison de la libération du juré, les appelantes n'ont pas été jugées par un jury légalement habilité à le faire, nous nous limiterons au moyen d'appel qui soulève la question du commencement d'un procès devant jury. En raison de l'erreur commise en tranchant cette question, la déclaration de culpabilité doit être annulée, indépendamment du bien-fondé des autres moyens d'appel.

II

La jurisprudence

Comme l'a dit le baron Alderson dans l'arrêt *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572, [TRADUCTION] «Le mot procès est un terme très technique». Dans son sens commun et général, un procès devant jury comporte la mise en accusation et le plaidoyer, la constitution et la prestation de serment du jury, l'exposé introductif du substitut du procureur général, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins à charge et à décharge, les plaidoiries des avocats, les directives du juge et enfin le verdict du jury. Toutefois la jurisprudence tend à attribuer une signification plus restreinte au terme «procès».

Examinons d'abord certains des arrêts de cette Cour. Le premier est l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407. Dans cette affaire, l'opinion des juges était partagée également sur la question de savoir quand un procès devant jury commence, la moitié des juges décidant qu'il commence avant la prestation de serment des jurés, et l'autre moitié décidant qu'il commence après. Le juge en chef Ritchie a dit, à la p. 415: [TRADUCTION] «... à mon avis, le procès commence lorsque le prisonnier est en présence d'une cour régulièrement constituée et que son sort a été confié au jury ... ». Les juges Strong et Fournier ont sous-

menced prior to the time mentioned by the Chief Justice so we may take it from the judgment that at the latest the trial commences when the jury is sworn and the accused is given in charge to the jury.

In *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63, a majority of the Court rejected the view that upon arraignment the trial has already commenced. The plea and the arraignment were held to be not part of the trial.

In *R. v. Dennis*, [1960] S.C.R. 286, Ritchie J. said, at p. 292:

A consideration of proceedings on trial by jury brings to mind the fact that the trial proper does not start until the accused is given in charge to the jury which stage is, of course, not reached until after the plea has been taken and the adoption of this more restricted meaning of the word "trial" has been widely accepted in our own Courts for many years.

In the more recent case of *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380, the accused had been charged with common assault. He pleaded not guilty and the matter was adjourned for trial. At the trial the Crown applied for an adjournment as the complainant was not present. The application was refused. As the Crown called no evidence the charge was dismissed. A week later the complainant swore a new information and the question was whether the accused had been in jeopardy in the earlier proceedings. The case was a non-jury summary conviction matter. This Court held, at p. 398:

In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

In *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, one of the questions which the Court was called upon to decide was whether the existence of an indictment at some time operated as a bar to an attack, by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, upon the validity of a committal for trial. Specifically,

crit à l'opinion du Juge en chef. Les trois autres juges étaient d'avis que le procès commence avant le moment mentionné par le Juge en chef; cet arrêt nous indique donc que le procès commence au plus tard lorsque le jury a prêté serment et que le sort de l'accusé lui est confié.

Dans l'arrêt *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63, la Cour à la majorité a rejeté l'opinion que le procès est déjà commencé au moment de la mise en accusation. On y a décidé que la mise en accusation et le plaidoyer ne font pas partie du procès.

Dans l'arrêt *R. c. Dennis*, [1960] R.C.S. 286, le juge Ritchie a dit à la p. 292:

[TRADUCTION] Un examen du déroulement du procès devant jury fait ressortir le fait que le procès proprement dit ne commence pas avant que le sort de l'accusé soit confié au jury et cette étape n'est franchie qu'après le plaidoyer; l'adoption de cette signification plus restreinte du terme «procès» est largement acceptée par nos cours depuis de nombreuses années.

Dans l'affaire plus récente *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380, l'accusé était inculpé de voies de fait simples. Il a nié sa culpabilité et l'affaire a été ajournée pour le procès. A la date du procès, la poursuite a demandé un ajournement vu l'absence du plaignant. La demande a été refusée. Comme le ministère public n'a pas fait de preuve, l'accusation a été rejetée. Une semaine plus tard, le plaignant a déposé une autre dénonciation sous serment et la question était de savoir si l'accusé avait été en péril au cours des procédures antérieures. Il s'agissait dans l'espèce d'une poursuite sommaire non susceptible d'être instruite devant jury. Cette Cour a conclu à la p. 398:

A mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

Dans l'affaire *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, une des questions que la Cour a été appelée à trancher était de savoir si l'existence d'un acte d'accusation à un certain moment faisait obstacle à une contestation, par *habeas corpus* assorti d'un *certiorari*, de la validité du renvoi à procès. Plus

at what point could it be said that an indictment brought under s. 507(2) of the *Code* is "presented" to the court. We held, at p. 992:

I agree with counsel for the Crown that where an indictment is preferred pursuant to s. 507 without the intervention of the grand jury, there are not separate acts of preferral of a bill of indictment, and presentment of an indictment. There is but one act, that act being the placing by the appropriate authority of "an indictment in writing setting forth the offence" before the trial court. This act constitutes the commencement of the trial and is a combination of the steps of preferral and presentment.

Petersen v. The Queen, [1982] 2 S.C.R. 493, was another case in which the question arose as to when an accused was in jeopardy. In *Petersen* the Crown commenced proceedings by indictment after dismissal of informations in identical terms by a provincial court judge under Part XXIV of the *Code*. The appellant was charged with impaired driving and with refusal to furnish a sample of his breath. The Court, speaking through Mr. Justice McIntyre, after quoting the passage from *Riddle* which I have set out above, said at p. 501:

I do not consider that Dickson J. imposed by those words a requirement that some direct invitation must be issued to the Crown to call evidence before it could be said that the issue had been joined and the accused placed in jeopardy. The authorities he relied upon in his reasons support the proposition that once a plea is entered before a court of competent jurisdiction the accused is in jeopardy.

A number of English cases have dealt with the question of when a trial commences. The earliest to which I would refer is *R. v. Faderman, supra*, where the prisoner argued that the trial commenced when the prisoner was called upon to plead. Baron Parke said, at p. 574:

Properly, there is no trial till issue is joined. [This I take to mean until the prisoner is given in charge to the jury.]

Alderson B. said, at p. 575:

précisément, à quel moment peut-on dire qu'un acte d'accusation produit en vertu du par. 507(2) du *Code* est «déposé» à la cour? Nous avons conclu, à la p. 992:

Je partage l'opinion du substitut du procureur général que lorsqu'un acte d'accusation est présenté en vertu de l'art. 507 sans l'intervention du grand jury il n'y a pas de distinction entre la présentation d'un projet d'acte d'accusation et le dépôt d'un acte d'accusation. Il n'y a qu'une seule procédure, soit la production auprès du tribunal de première instance, par l'autorité compétente, d'un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction». Cette procédure marque le début du procès et réunit les étapes de la présentation et du dépôt.

L'arrêt *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493, est une autre affaire dans laquelle s'est posée la question de savoir quand un accusé est en péril. Dans l'affaire *Petersen*, le ministère public a introduit des procédures par acte d'accusation par suite du rejet, par un juge de la Cour provinciale en vertu de la Partie XXIV du *Code*, de dénonciations dont la formulation était identique à celle de l'acte d'accusation. L'appellant était accusé d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies et d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine. Le juge McIntyre, qui a exposé les motifs de la Cour, a dit après avoir cité le passage précité de l'arrêt *Riddle*, à la p. 501:

A mon sens, le juge Dickson n'impose pas par ces mots que l'on invite directement le ministère public à présenter sa preuve avant qu'on puisse dire que la cause est en état et que l'accusé a été mis en péril. Suivant la jurisprudence sur laquelle il s'est fondé dans ses motifs, dès l'inscription d'un plaidoyer devant une cour compétente, l'accusé est en péril.

Plusieurs décisions anglaises ont examiné la question de savoir quand un procès commence. La plus ancienne que je veux citer est *R. v. Faderman*, précitée, dans laquelle le prisonnier a fait valoir que le procès commençait lorsque le prisonnier était invité à enregistrer son plaidoyer. Le baron Parke a dit, à la p. 574:

[TRADUCTION] En vérité il n'y a pas de procès avant que la cause soit en état. [Cela signifie à mon avis avant que le sort du prisonnier soit confié au jury.]

Le baron Alderson a dit, à la p. 575:

You say the trial begins with the arraignment: how then do you explain the question which is put to the prisoner after arraignment.—How will you be *tried*? At what point in the proceedings did the trial by battle begin?

In *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772, s. 24 of the *Magistrates' Courts Act*, 1952 fell to be considered. The section read:

... a magistrates' court, having begun to try an information for any indictable offence summarily, shall not thereafter proceed to inquire into the information as examining justices.

Counsel for the prosecutor contended that when the prisoner elected and pleaded the trial had started and the magistrate had begun to try the case. Lord Goddard C.J. responded, at p. 774:

If one looks at the whole scope of this section, however, the magistrate has not begun to try the case until at any rate he begins to hear the evidence. I cannot think that Parliament, by these sections, meant to create a wholly different state of affairs in magistrates' courts with regard to indictable offences than prevails at an assize or quarter session with regard to indictable offences. A prisoner who is brought up for trial and has had the indictment read to him and who has pleaded is constantly allowed to withdraw his plea, and he can do it before the jury is empanelled. The trial at assizes does not, so it seems to me, begin until the jury is empanelled to try the case and the prisoner is put in charge of the jury.

In *Ibrahim's* case (1957), 42 Cr.App.R. 38, Lord Chief Justice Goddard followed *R. v. Craske* holding, at p. 42, that a magistrate "has not begun to try the case till he begins to hear evidence". See also *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102, to the same effect.

As I have earlier indicated, counsel for the accused in the case at bar contended that a jury trial did not commence until, at the earliest, the accused was given in charge of the jury. The Crown relied upon the abbreviated summary of *R. v. Desai*, reported at [1973] Crim.L.R. 36, reading:

[TRADUCTION] Vous dites que le procès commence avec la mise en accusation; comment expliquez-vous alors la question posée au prisonnier après la mise en accusation: Comment voulez-vous être *jugé*? A quel moment des procédures l'affrontement du procès a-t-il commencé?

Dans l'affaire *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772, il fallait examiner l'art. 24 de la *Magistrates' Courts Act* de 1952. Cet article prévoyait:

[TRADUCTION] ... une cour de magistrat qui a commencé à juger sommairement une dénonciation d'un acte criminel ne peut par la suite faire enquête sur la dénonciation en qualité de juge d'instruction.

Le représentant du ministère public a allégué que lorsque le prisonnier a fait son choix et qu'il a enregistré son plaidoyer, le procès est commencé et le magistrat a commencé à entendre le procès. Le juge en chef lord Goddard a répondu, à la p. 774:

[TRADUCTION] L'examen de la portée globale de cet article indique cependant que le magistrat n'a pas commencé à juger l'affaire avant d'avoir de quelque façon commencé à entendre la preuve. Je ne peux croire que le Parlement a voulu, par ces articles, créer dans les cours de magistrat, à l'égard des actes criminels, une situation entièrement différente de celle qui prévaut à une session des assises ou à une *quarter session* à l'égard des actes criminels. Un prisonnier qui subit son procès, à qui a été lu l'acte d'accusation et qui a enregistré son plaidoyer peut toujours retirer son plaidoyer, et il peut le faire avant la formation du jury. Le procès aux assises ne commence pas, ce me semble, avant que le jury soit formé pour entendre la cause et que le sort du prisonnier soit confié au jury.

Dans l'arrêt *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38, le juge en chef lord Goddard a suivi l'arrêt *R. v. Craske* et a conclu à la p. 42 qu'un magistrat [TRADUCTION] «n'a pas commencé à juger l'affaire avant de commencer à entendre la preuve». Voir également au même effet l'arrêt *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'avocat des accusées en l'espèce a fait valoir qu'un procès devant jury commence au plus tôt lorsque le sort de l'accusé est confié au jury. Le ministère public s'appuie sur le bref sommaire de la décision *R. v. Desai*, publié à [1973] Crim.L.R. 36 qui se lit:

Although giving a defendant in charge to the jury is a traditional part of trial procedure it is not an essential part of the trial and failure to do so does not render the trial a nullity.

Following argument on the appeal the Court was furnished with a copy of the entire judgment in *R. v. Desai* from which it appears that the accused was convicted of conspiracy to contravene the provisions of the *Commonwealth Immigrants Act*, 1962 and 1968. One of his complaints was that he had not formally been put in charge of the jury. The Clerk of the Peace merely announced the title of the suit by saying "The Queen against Ebrahim Mohamed Desai", sat down and prosecuting counsel opened the case to the jury.

The Court held:

Technically it appears there was a lacuna in the trial in the sense that what is normally done was not done; but, in the judgment of this Court, this is, though an omission, an omission rather in the character of omitting the allocutus; the cases on that topic indicate that while this is part of the traditional business of the Court, it is not an essential part of the trial and its omission does not involve a re-trial.

I do not think the *Desai* case provides an answer to the contentions of the appellants. The case simply decides that failure to put an accused in the charge of a jury does not render a trial a nullity. The case is not authority for the proposition that the giving of the accused in charge to the jury is a step that no longer exists. Nor is it authority for the question of when a jury trial commences.

Many cases from the provincial courts were cited in argument. I will refer briefly to a number of these cases. The first of these, referred to in the judgments of this court in *Morin* and *Giroux* is *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7. Graham E.J. delivered the principal judgment. The issue concerned s. 827 of the *Criminal Code*, 1906, and the right of re-election which might be exercised "at any time before such trial has commenced". The question then to be answered was—when does a trial com-

[TRADUCTION] Même si la remise du sort du défendeur entre les mains du jury constitue une partie traditionnelle du déroulement du procès, ce n'est pas une partie essentielle du procès et l'omission de s'y conformer ne rend pas le procès nul.

Après les plaidoiries, la Cour a reçu une copie du jugement intégral de l'affaire *R. v. Desai* qui indique que l'accusé a été déclaré coupable de complot en vue d'enfreindre les dispositions de la *Commonwealth Immigrants Act*, 1962 et 1968. Un de ses moyens d'appel était que son sort n'avait pas été confié au jury de façon formelle. Le greffier de la paix avait simplement annoncé l'intitulé de l'affaire en disant [TRADUCTION] «La Reine contre Ebrahim Mohamed Desai», s'était assis et le représentant du ministère public avait exposé la cause au jury.

La Cour a conclu:

[TRADUCTION] Techniquement, il paraît y avoir eu une lacune au procès en ce sens que ce qui se fait habituellement ne l'a pas été; mais, de l'avis de cette Cour, bien qu'il s'agisse d'une omission, c'est plutôt une omission qui porte sur l'oubli de l'allocution; la jurisprudence sur ce sujet indique que bien que cela fasse partie de la tradition de la Cour, ce n'est pas une partie essentielle du procès et l'omission de cette étape n'entraîne pas la nécessité de tenir un nouveau procès.

Je ne crois pas que l'arrêt *Desai* constitue une réponse aux prétentions des appelantes. Cet arrêt décide simplement qu'omettre de confier le sort de l'accusé au jury ne rend pas le procès nul. Cet arrêt ne permet pas de dire que la remise du sort de l'accusé entre les mains du jury est une étape du procès qui n'existe plus. Il ne répond pas non plus à la question de savoir quand commence un procès devant jury.

Plusieurs décisions des cours provinciales ont été citées au cours des plaidoiries. Je vais mentionner brièvement certaines de ces décisions. La première, mentionnée dans les arrêts de cette Cour *Morin* et *Giroux*, est celle de l'affaire *Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7. Le juge Graham a rendu le jugement principal. Il s'agissait de l'art. 827 du *Code criminel* de 1906 et du droit de faire un nouveau choix qui pouvait être exercé «en tout temps avant le commencement du procès». Il fallait donc répondre

mence? Graham E.J., at p. 17, referred to Story J. in *United States v. Curtis*, 4 Mason 232 at 236:

Now, in the sense of the common law the arraignment of the prisoner constitutes no part of the trial. It is a preliminary proceeding and, until the party has pleaded, it cannot be ascertained whether there will be any trial or not. The elementary books are full to this purpose.

and, at p. 18, to Blackstone, quoting Lord Hale:

In short, so far as authorities or reasoning or forms go, there can be no legal doubt that, by the term "trial," is generally intended in the law, the actual trial of the prisoner by jury.

The Alberta Supreme Court in *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335, interpreted s. 697 of the *Criminal Code* which permitted a summary conviction court, "at any time before the trial" to waive jurisdiction over the proceedings in favour of another summary conviction court. Johnson J.A. said, at p. 339, "There is no doubt that "trial" begins with the hearing of the evidence." On the other hand, in the Quebec decision, *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, another election case, the court would seem to have been of the view that the trial commences after a plea of not guilty.

R. v. Emkeit (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, is a useful case because s. 553 (now s. 573), the section of the *Code* under consideration in the present case, was under study. The jury was chosen and sworn, and the accused was put in their charge. Sometime later, before counsel for the Crown had opened the case, the trial judge discharged one of the twelve jurors pursuant to then s. 553 and the question was whether the juror was discharged in the course of the trial or prior thereto, or in other words, when did the trial commence. Smith C.J.A. delivering the judgment of the Court held that the trial commenced when the jury was sworn and the accused was given in charge to the jury. Discharge of the juror was therefore made in the "course of the trial" and the trial judge was entitled to do this.

à la question: quand commence un procès? Le juge Graham a cité, à la p. 17, les motifs du juge Story dans l'affaire *United States v. Curtis*, 4 Mason 232, à la p. 236:

[TRADUCTION] Or, au sens de la *common law*, la mise en accusation du prisonnier ne fait pas partie du procès. C'est une procédure préliminaire et, jusqu'à ce que la partie ait enregistré un plaidoyer, on ne peut être certain qu'il y aura un procès. C'est ce que disent tous les ouvrages de base.

Il a également cité, à la p. 18, les motifs suivants de lord Hale cités par Blackstone:

[TRADUCTION] Brièvement, pour ce qui est de la jurisprudence, de la doctrine et des formes, il est indubitable qu'en droit, le terme «procès» signifie généralement le procès même du prisonnier devant jury.

Dans l'arrêt *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335, la Cour suprême de l'Alberta a interprété l'art. 697 du *Code criminel* qui permettait à une cour des poursuites sommaires, «à tout moment avant le procès», de renoncer à sa juridiction sur les procédures en faveur d'une autre cour des poursuites sommaires. Le juge Johnson a dit à la p. 339: [TRADUCTION] «Il n'y a pas de doute que le «procès» commence avec l'audition de la preuve». Par contre, dans l'affaire *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, une autre affaire de choix de procès, la cour semble avoir été d'avis que le procès commence après le plaidoyer de non-culpabilité.

L'arrêt *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, est utile en l'espèce parce qu'il porte sur l'examen de l'art. 553 (maintenant l'art. 573), l'article du *Code* en cause ici. Les jurés avaient été choisis et avaient prêté serment et le sort de l'accusé leur avait été confié. Par la suite, avant que le substitut du procureur général commence son exposé, le juge du procès a libéré un des douze jurés conformément à l'art. 553, et la question était de savoir si le juré était libéré au cours du procès ou avant celui-ci ou, en d'autres mots, quand le procès a-t-il commencé? Le juge en chef Smith a rendu l'arrêt de la Cour d'appel et a conclu que le procès commence lorsque le jury a prêté serment et que le sort de l'accusé lui est confié. En conséquence, le juré avait été libéré «au cours du procès», ce que le juge du procès avait le droit de faire.

In *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281, Martin J.A. delivered the judgment of the Court and, in the course of doing so, referred (at p. 289) to the "well-established rule that a trial by jury commences when the accused is given in charge to the jury". *Emkeit, Morin and Dennis* were quoted in support of this proposition. The Alberta Supreme Court, Appellate Division, in *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47, held that at the moment when a prisoner is given in charge the trial commences. In *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161, another discharge of a juror case, DuPont J. held at p. 163 that s. 573(1) "contemplates discharge after the empanelling of a complete jury and after the accused are given in the jury's charge".

III

Conclusion

The question of fixing the time of the commencement of a jury trial has been the subject of some difficulty in the past. It seems possible, however, on the authorities and on principle to reach the following conclusions.

First, the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied. Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

Second, subject to s. 573 an accused in a criminal jury trial is entitled to be tried by twelve jurors (ss. 560(5) and 572(1) of the *Code*). He is entitled to the unanimous verdict of the twelve jurors unless and until "in the course of a trial", that is to say, after it has commenced, the judge is satisfied

Dans l'arrêt *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281, le juge Martin a rendu l'arrêt de la Cour d'appel et il a mentionné dans ses motifs (à la p. 289) [TRADUCTION] «la règle constante portant que le procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé est confié au jury». Il a cité à l'appui les arrêts *Emkeit, Morin et Dennis*. Dans l'arrêt *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a décidé que le procès commence lorsque le sort d'un prisonnier est confié au jury. Dans *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161, une autre affaire de libération d'un juré, le juge DuPont a conclu, à la p. 163, que le par. 573(1) [TRADUCTION] «envisage la libération après que tous les jurés ont été choisis et que le sort des accusés est confié au jury».

III

Conclusion

La question du moment où commence un procès devant jury a soulevé des difficultés dans le passé. Il semble cependant possible, en suivant la jurisprudence et les principes admis, d'aboutir aux conclusions suivantes.

Premièrement, le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

Deuxièmement, sous réserve de l'art. 573, un accusé dans un procès devant jury pour une infraction criminelle a le droit d'être jugé par douze jurés (par. 560(5) et 572(1) du *Code*). Il a droit à un verdict unanime des douze jurés à moins que «au cours d'un procès», c'est-à-dire après que le

that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act.

Third, as counsel for the appellant Basarabas submits, s. 573(2) of the *Criminal Code* is a provision that provides a practical cure for the difficulties inherent in having to discharge a jury after it has commenced to hear the evidence and, in so far as this section deprives the accused of his common law right to the unanimous verdict of twelve persons, it should be narrowly construed; there is no good reason for denying an accused a full jury where no evidence has been led. An accused should not be lightly deprived of his or her right to be tried by a jury of twelve persons. It would be undesirable to start a trial with less than that number. As counsel submitted, s. 573 of the *Code* provides a mechanism whereby jurors can be replaced simply and easily to maintain a full jury as late in the proceedings as is consistent with fairness to the parties. To advance in time the stage when the trial is forced to proceed with one juror missing, beyond that required by common sense and the plain language of the *Code*, is to increase the likelihood, in a lengthy trial, should other jurors fall ill, that mistrials will have to be declared the requisite number of jurors is lacking.

Fourth, the words "continue to act" in s. 573(1) suggest that the jury has been acting, *qua* jury before the discharge of a juror pursuant to s. 573. Until the accused is placed in the jury's charge, and the jury is advised of the charge and the plea and of their duty to inquire whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, it cannot be said that the jury is acting *qua* jury.

Finally, the weight of authority supports the position of the accused that a jury trial commences when the accused has been placed in charge of the jury. Canadian courts have frequently cited the judgment of Ritchie C.J. in support of a narrow interpretation of the word "trial" in respect of a jury trial.

procès a commencé, le juge soit convaincu qu'un juré ne doit pas continuer à siéger par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable.

Troisièmement, comme le soutient l'avocat de l'appelante Basarabas, le par. 573(2) du *Code criminel* est une disposition qui prévoit une solution pratique aux difficultés que soulève l'obligation de libérer un jury après qu'il a commencé à entendre la preuve et, dans la mesure où cet article prive l'accusé du droit au verdict unanime de douze personnes, que lui accorde la *common law*, il doit être interprété restrictivement; il n'y a aucune raison valable de refuser à un accusé un jury complet lorsque aucune preuve n'a été faite. Un accusé ne doit pas être privé à la légère de son droit d'être jugé par un jury de douze personnes. Il n'est pas souhaitable de commencer un procès avec moins de douze jurés. Comme l'a fait valoir l'avocat, l'art. 573 du *Code* prévoit un mécanisme par lequel des jurés peuvent être remplacés simplement et facilement pour conserver un jury complet aussi longtemps au cours du procès que cela est compatible avec l'équité envers les parties. Hâter l'étape à laquelle le procès doit nécessairement se poursuivre avec un juré en moins, en deçà de ce qu'exigent le bon sens et les termes clairs du *Code*, équivaut à accroître la possibilité, dans un long procès, que si d'autres jurés tombent malades, le procès doive être annulé parce qu'il n'y a pas le nombre de jurés requis.

Quatrièmement, les termes «continuer à siéger» au par. 573(1) laissent entendre que le jury a déjà siégé en tant que jury avant la libération d'un juré conformément à l'art. 573. On ne peut pas dire que le jury siège en tant que jury avant que le sort de l'accusé lui soit confié, et qu'il soit informé de l'accusation, du plaidoyer et de son devoir de chercher à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable de l'infraction portée contre lui.

Enfin, la jurisprudence dominante appuie le point de vue des accusées qu'un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé lui a été confié. Les cours canadiennes ont souvent cité les motifs du juge en chef Ritchie en faveur d'une interprétation stricte du terme «procès» à l'égard d'un procès devant jury.

It is for these reasons the Court concluded that the Court of Appeal of British Columbia had erred in its interpretation of s. 573(1) and s. 573(2) of the *Criminal Code* and that a new trial should be ordered.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Mary Evangeline Basarabas: Fraser and Leask, Vancouver.

Solicitors for the appellant Jenny Louise Spek: Ruby and Edwardh, Toronto.

Solicitors for the respondent: Doust and Smith, Vancouver.

C'est pour ces motifs que la Cour a conclu que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété de façon erronée les par. 573(1) et 573(2) du *Code criminel* et qu'un nouveau procès doit être ordonné.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelante Mary Evangeline Basarabas: Fraser et Leask, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Jenny Louise Spek: Ruby et Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Doust et Smith, Vancouver.